

كتاب الهبة والعطية^(١)

٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ)

وجملة ذلك أن الهبة والصَّدَقَةَ والهِدِيَّةَ والعَطِيَّةَ مَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وكلُّها تَمْلِكُ في الْحَيَاةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، واسْمُ الْعَطِيَّةِ شَامِلٌ لِجَمِيعِهَا ، وكذلك الْهَبَةُ . وَالصَّدَقَةُ وَالْهِدِيَّةُ مُتَعَايِرَانِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ الْهِدِيَّةَ ، وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ^(٢) . وقال في اللَّحْمِ الَّذِي تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ »^(٣) . فالظَاهِرُ أَنَّ مَنْ أَعْطَى شَيْئًا^(٤) يَنْوِي بِهِ التَّقَرُّبَ^(٥) إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لِلْمُحْتَاجِ ، فَهُوَ صَدَقَةٌ . وَمَنْ دَفَعَ

(١) لم يرد هذا العنوان في : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، في : باب قبول النبي الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائي ، في : باب الصدقة لا تحمل للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه في حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(٤ - ٥) في م : « يتقرب به » .

إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه ، والمحبة له ، فهو هدية . وجميع ذلك مندوب إليه ،
ومحذوث عليه^(٥) ؛ فإن النبي ﷺ قال : « تَهَادُّوا تَحَابُّوا »^(٦) . وأما الصدقة ، فما
وَرَدَ في فضلها أَكْثَرُ من أن يُمَكِّنَا حَصْرُهُ ، وقد قال الله تعالى : ﴿ إِن تَبَدُّوا لَصَّدَقَاتٍ
فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُم مِّنْ
سَيِّئَاتِكُمْ ﴾^(٧) . إذا ثبت هذا ، فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا
بالقبض . وهو قول أكثر الفقهاء منهم ؛ النخعي ، والثوري ، والحسن بن صالح ،
وأبو حنيفة ، والشافعي . وقال /مالك ، وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد ؛ لعموم
قوله عليه السلام : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ »^(٨) . ولأنه إزالة ملك بغير

و ١٦٦/٥

(٥) في م : « إليه » .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٨/٢ .
والبيهقي ، في : باب التحريض على الهبة والهدية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٦٩/٦ .
(٧) سورة البقرة ٢٧١ .

(٨) تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب هل يشتري صدقته ... ،
من كتاب الزكاة ، وفي : باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفي : باب
إذا حمل على فرس فرآها تباع ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ .
ومسلم ، في : باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ... ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٣٩/٣ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع ، وباب ما جاء في كراهية
الرجوع في الهبة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . والنسائي ، في : باب شراء
الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨٢/٥ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات .
سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ والإمام مالك ، في : باب شراء الصدقة والعود فيها ، من كتاب الزكاة . الموطأ
٢٨٢/١ .

عَوْضٍ ، فَلَزِمَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْوَقْفِ وَالْعِتْقِ . وَرَبَّمَا قَالُوا : تَبَرَّعَ ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا زِمَ يَنْقُلُ الْمِلْكَ ، فَلَمْ يَقِفْ لُزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنْ مَا قُلْنَا مَرْوِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَلَمْ يُعَرَفْ لهُمَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ ، فَرَوَى عُرْوَةُ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَهَا جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ . فَلَمَّا مَرَضَ ، قَالَ : يَا بُنَيَّةُ ، مَا أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَحَدٌ أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ ، وَكَنتُ نَحَلْتُكَ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، وَوَدَدْتُ أَنَّكَ حُزْنِيهِ أَوْ قَبْضَتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ^(٩) . وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِي ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَنْحَلُونَ أَوْلَادَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ ، قَالَ : مَالِي ، وَفِي يَدِي . وَإِذَا مَاتَ هُوَ^(١٠) ، قَالَ : قَدْ^(١١) كُنْتُ نَحَلْتُهُ وَلَدِي . لَا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةً يَحُوزُهَا^(١٢) الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهُ . وَرَوَى عُثْمَانُ أَنَّ الْوَالِدَ يَحُوزُ^(١٣) لِوَلَدِهِ إِذَا كَانُوا صِبَاً . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَلِأَنَّهَا هَبَةٌ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ ، فَلَمْ تَلْزَمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ ، فَإِنَّ مَالِكًا يَقُولُ : لَا يَلْزَمُ الْوَرِثَةُ التَّسْلِيمُ ، وَالْخَبَرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَقْبُوضِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجُ مِلْكٍ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَخَالَفَ التَّمْلِيكَاتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالْعِتْقُ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلَيْسَ بِتَّمْلِيكِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ وَالْعِتْقَ لَا يَكُونُ فِي مَحَلِّ النِّزَاعِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

فصل : وقول الخرقى : « لا يصح » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَا يَلْزَمُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في م : « يحرزها » .

(١٢) في م : « يحرز » .

لا يثبت بها الملك قبل القبض ، فإن حكم^(١٣) الملك حكم الهبة ، والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه . وأما الصحة^(١٤) بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر وثبت^(١٥) حكمه ، فلا يصح حمل لفظه على نفيه ، لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسألة : « كما يصح في البيع » . وقد تقرر في البيع أن بيع المكمل والموزون صحيح قبل القبض ، وإنما ينتفى الضمان وإطلاقه في التصرفات . / ١٦٦/٥
وقوله : « ما يكال وما يوزن » ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخاصة أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه ، كالقفيز من صبرة ، والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ، ورجحنا العموم .

فصل : والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها . ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ، ولم يصح القبض . وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض ، لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي لا يتم إلا بالقبض . ولنا ، أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب ، فلم يصح ، كما بعد المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن^(١٦) التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه . ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض ، بدليل ما بعد المجلس . ولو أذن الواهب في القبض ، ثم رجع عن الإذن ، أو رجع في الهبة ، صح رجوعه ؛ لأن ذلك ليس بقبض ، وإن رجع بعد القبض ، لم ينفع رجوعه ؛ لأن الهبة تمت .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « صحته » .

(١٥) في م : « وثبت » .

(١٦) في الأصل : « وليس » .

فصل : وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . ذكره القاضي في موت الواهب ؛ لأنه عقد جائز ، فبطل بموت أحد المتعاقدين ، كالوكالة والشركة . وقال أحمد ، في رواية أبي طالب ، وأبي الحارث ، في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه ، حتى مات ؛ فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها . وروى ^(١٧) بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي ^(١٨) سلمة ، قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة ، قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا ^(١٩) مردودة علي ، فإن ردت فهي لك » . قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة . وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه ، رجعت إلى ورثة ^(٢٠) المهدى ، وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه ، إلا أن يأذن له الوارث . ولو رجع المهدى في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه ، صح رجوعه فيها ، والهبة كالهديّة . وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب ، قام وارثه مقامه / في الإذن في القبض والفسخ . وهذا ^(٢٠) يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد ماله إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت كالبيع ^(١٩) المشروط فيه الخيار . وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله . وإن مات أحدهما قبل القبول ، أو ما يقوم مقامه ، بطلت ، وجهها واحدا ؛ لأن العقد لم يتم ، فأشبهه ما لو أوجب البيع ، فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطل .

(١٧) المسند ٤٠٤/٦ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م زيادة : « ما » .

فماتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ ، بَطَلَ الْإِذْنُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِنْ كَانَ هُوَ الْوَاهِبَ فَقَدْ انْتَقَلَ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ إِلَى وَارِثِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، فَلَمْ يُوجَدْ الْإِذْنُ لِوَارِثِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْقَبْضَ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ شَيْئًا فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، كَوَدِيعةٍ ، أَوْ مَعْصُوبٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْهِبَةَ تَلْزَمُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ ، وَلَا مُضْيَ مُدَّةٍ يَتَأْتَى الْقَبْضُ فِيهَا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا وَهَبَ لِامْرَأَتِهِ شَيْئًا وَلَمْ تُقْبِضْهُ ، فَلَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا خِيَارٌ ، هِيَ مَعَهُ فِي الْبَيْتِ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبَرْ قَبْضًا ، وَلَا مُضْيَ مُدَّةٍ يَتَأْتَى فِيهَا ، لَكَوْنِهَا مَعَهُ فِي الْبَيْتِ ، فَيُذْهِبُهَا عَلَى مَا فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا بُدَّ مِنْ مُضْيِ مُدَّةٍ يَتَأْتَى فِيهَا الْقَبْضُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنٍ فِي الْقَبْضِ . وَقَدْ مَضَى تَعْلِيلُ ذَلِكَ وَتَفْصِيلُهُ فِي الرَّهْنِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَذْهَبِنَا ، فِي الْاِخْتِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الْإِذْنِ ، وَاعْتِبَارِ مُضْيِ مُدَّةٍ يَتَأْتَى الْقَبْضُ فِيهَا .

٩٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ فِي غَيْرِ ذَلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ ، إِذَا قَبِلَ ، كَمَا يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ)

يعْنَى أَنَّ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ تَلْزَمُ الْهِبَةُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَيَتَبَيَّنُ الْمِلْكُ فِي الْمَوْهُوبِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا (١) فَإِنَّهُ يَرَوَى عَنْهُمَا (٢) أَنَّهُمَا قَالَا : الْهِبَةُ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً ، قُبِضَتْ أَوْ لَمْ تُقْبِضْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبْنِ ثَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا تَلْزَمُ الْهِبَةُ فِي الْجَمِيعِ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، عَلَى أَنَّ الْهِبَةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَيُرَوَّى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَالْعَنْبَرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ

(١ - ١) سقط من : م .

الأولى . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ الْهِبَةَ أَحَدُ تَوْعِي التَّمْلِيكِ ، فَكَانَ مِنْهَا مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، / وَمِنْهَا مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، كَالْبَيْعِ ، فَإِنْ مِنْهُ ^(٢) مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ ١٦٧/٥ ظ الصَّرْفُ ، وَبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، وَمِنْهُ مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، وَهُوَ مَا عَدَا ذَلِكَ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ ^(٣) ، فَلَا يَلْزَمُ ، فَإِنَّ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عِشْرِينَ وَسَقًا مَجْذُوزَةً ، فَيَكُونُ مَكِيلًا ، غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَهَذَا لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَرَادَ نَحْلًا يُجَذُّ عِشْرِينَ وَسَقًا ، فَهُوَ أَيْضًا غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا تَصِيحُ الْهِبَةُ ^(٤) فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : وَعَدْتُكَ بِالنَّحْلَةِ . وَقَوْلُ عُمَرَ ^(٥) أَرَادَ بِهِ النَّهْيَ عَنِ التَّحِيلِ بِنَجْلَةِ الْوَالِدِ وَلَدَهُ نَحْلَةً مَوْقُوفَةً عَلَى الْمَوْتِ ، فَيُظْهِرُ : إِنِّي نَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا . وَيُمْسِكُهُ فِي يَدِهِ وَيَسْتَعْلُهُ ، فَإِذَا مَاتَ أَخَذَهُ وَلَدُهُ بِحُكْمِ النَّحْلَةِ الَّتِي أَظْهَرَهَا ، وَإِنْ مَاتَ وَلَدُهُ أَمْسَكَهُ ، وَلَمْ يُعْطَ وَرَثَةً وَلَدَهُ شَيْئًا . وَهَذَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فَتَهَاظُهُمْ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحُوزَهَا الْوَلَدُ دُونَ وَالِدِهِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَتَهَا وَرَثَتُهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا اخْتَصَرَّ بِهَيْبَةِ الْوَلَدِ ^(٦) «دُونَ وَالِدِهِ» ، وَشَبَّهَهُ ، عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ خِلَافَ ذَلِكَ ، فَتَعَارَضَتْ أَقْوَالُهُمْ .

فصل : قول الخرقى : « إِذَا قَبِلَ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَعْنَى عَنِ الْقَبْضِ فِي مَوْضِعِ وَجَدَ فِيهِ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ . وَالْإِيجَابُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ ، أَوْ أَهْدَيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَعْطَيْتُكَ ، أَوْ هَذَا لَكَ . وَنَحْوَهُ مِنَ الْأَلْفَافِ الدَّالَّةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ ، أَوْ رَضِيتُ ، أَوْ نَحْوَ هَذَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْهِبَةَ وَالْعَطِيَّةَ لَا تَصِيحُّ كُلُّهُمَا إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَقَبُولِ ، وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا ، سِوَاءِ وَجَدَ الْقَبْضُ أَوْ لَمْ يَوْجَدْ . وَهَذَا

(٢) فِي م : « فِيهِ » .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٠٦ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْقَبْضُ » .

(٥) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٢٠٦ .

(٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ م : .

قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ ، فَانْتَقَرَ إِلَى الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، كَالنِّكَاحِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمُعَاطَاةَ وَالْأَفْعَالَ الدَّالَّةَ عَلَى الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ كَافِيَةٌ ، وَلَا يُحْتَاجُ إِلَى لَفِظٍ . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُهْدَى وَيُهْدَى إِلَيْهِ ، وَيُعْطَى وَيُعْطَى ، وَيُفْرَقُ الصَّدَقَاتِ ، وَيَأْمُرُ سَعَاتِهِ بِتَفْرِيقِهَا وَأَخْذِهَا ، وَكَانَ أَصْحَابُهُ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ فِي ذَلِكَ إِجَابٌ وَلَا قَبُولٌ ، وَلَا أَمْرٌ بِهِ وَلَا تَعْلِيمُهُ لِأَحَدٍ ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا لَنُقِلَ عَنْهُمْ نَقْلًا مُشْتَهَرًا ^(٧) ، وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ عَلَى بَعِيرٍ لِعُمَرَ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ : « بَعْنِيهِ » . فَقَالَ : هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ » ^(٨) . وَلَمْ يُنْقَلْ قَبُولُ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ عُمَرَ ، وَلَا قَبُولُ ابْنِ عُمَرَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ ، / وَلَوْ كَانَ شَرْطًا لَفَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَعَلِمَهُ ابْنُ عُمَرَ ، وَلَمْ يَكُنْ لِيَأْمُرَهُ أَنْ يَصْنَعَ بِهِ مَا شَاءَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَهُ . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا أَتَى بِطَعَامٍ سَأَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ قَالُوا : صَدَقَةٌ . قَالَ لِأَصْحَابِهِ : « كُلُوا » . وَلَمْ يَأْكُلْ ، وَإِنْ قَالُوا : هَدِيَّةٌ . ضَرَبَ بِيَدِهِ ، فَأَكَلَ مَعَهُمْ ^(٩) . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ، فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، فِي أَنَّ تَقْدِيمَ الطَّعَامِ بَيْنَ يَدَيِ الضَّيْفَانِ إِذْنٌ فِي الْأَكْلِ ، وَأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبُولٍ بِقَوْلِهِ . وَلِأَنَّهُ وَجَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّرَاضِي بِنَقْلِ الْمَلِكِ ، فَانْكُشِفَى بِهِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنَّمَا يُشْتَرَطُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ مَعَ الْإِطْلَاقِ ، وَعَدَمِ الْعُرْفِ الْقَائِمِ بَيْنَ الْمُعْطَى وَالْمُعْطَى ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عُرْفٌ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ قَوْلٍ دَالٍّ عَلَيْهِ ، أَمَّا مَعَ قَرَأَتِ الْأَحْوَالِ وَالِدَّلَائِلِ ^(١٠) ، فَلَا وَجْهَ لِتَوْقُفِهِ ^(١١) عَلَى اللَّفْظِ ، أَلَا تَرَى أَنَّا اكْتَفَيْنَا بِالْمُعَاطَاةِ فِي الْبَيْعِ ، وَاكْتَفَيْنَا بِدَلَالَةِ الْحَالِ

و ١٦٨/٥

(٧) فِي م : « مشهورا » .

(٨) تقدم تخريجه في : ٢٤/٦ ، ٢٥ .

(٩) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . صحيح البخاري ١٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٠/٣ .

(١٠) فِي الْأَصْل : « والدلالة » .

(١١) فِي م : « لتوقيفه » .

في دُخُولِ الْحَمَامِ ، وهو إِجَارَةٌ وَبَيْعٌ أَعْيَانٍ ، فإذا اكْتَفَيْنَا بِالْمُعَاوَضَاتِ مَعَ تَأْكُذِّهَا
بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وأنها تَنْقُلُ الْمِلْكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَأَن نَكْتَفِيَ بِهِ فِي الْهَبَةِ أَوَّلَى .

فصل : وَالْقَبْضُ فِيمَا لَا يُنْقَلُ بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ ، وفيما يُنْقَلُ
بِالتَّنْقِلِ ، وفي الْمُشَاعِ بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ إِلَيْهِ . فَإِنْ أَبِي الشَّرِيكَ أَنْ يُسَلِّمَ نَصِيبَهُ ، قِيلَ
لِلْمُتَّهِبِ : وَكُلَّ الشَّرِيكَ فِي قَبْضِهِ لَكَ وَنَقْلُهُ . فَإِنْ أَبِي ، نَصَّبَ الْحَاكِمُ مَنْ يَكُونُ فِي
يَدِهِ لهما ، فَيَنْقُلُهُ ، لِيَحْصُلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الشَّرِيكَ فِي ذَلِكَ وَيَتِمُّ بِهِ عَقْدُ
شَرِيكِهِ .

فصل : وَتَصِحُّ هَبَةُ الْمُشَاعِ . وبه قال مالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ^(١٢) . قَالَ
الشَّافِعِيُّ^(١٢) : وَسَوَاءُ^(١٣) فِي ذَلِكَ مَا أَمَكَّنَ قِسْمَتُهُ ؛ أَوْ لَمْ يُمَكِّنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمُشَاعِ الَّذِي يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ فِي الْهَبَةِ ،
وَوُجُوبُ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَتَمَامَهُ . فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ، صَحَّتْ
هَبَتُهُ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ وَاحِدًا اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَجْزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .
وَجَازَ عِنْدَ صَاحِبَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَصِحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ؛
لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَّهِبِينَ قَدْ وَهَبَ لَهُ جُزْءُ مُشَاعٍ . وَلَنَا ، أَنَّ وَفْدَ هَوَازِنَ لِمَا جَاؤُوا
يَطْلُبُونَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِمْ مَا غَنِمَهُ^(١٤) مِنْهُمْ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
« مَا كَانَ لِي وَلِابْنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(١٥) . وَهَذَا هَبَةُ

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) في الأصل : « غنموا » .

(١٥) في : باب إذا وهب شيئا لو كيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من
كتاب العتق ، وفي : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفي : باب من الدليل على أن الخمس لنواب
المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ ... ﴾ من
كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٣٠/٣ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ١٠٨/٤ ، ٩٥/٥ .

=

وليس فيه لفظ : « ما كان لي ولابني عبد المطلب فهو لكم » .

مُشَاعٌ^(١٦) . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، وَقَدْ جَاءَهُ رَجُلٌ وَمَعَهُ كُبَّةٌ^(١٧) مِنْ شَعْرِ / ، فَقَالَ : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ لِأَصْلِحَ بَرْدَعَةً لِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِإِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلَبِ فَهُوَ لَكَ »^(١٨) . وَرَوَى عُمَيْرُ^(١٩) بْنُ سَلَمَةَ الضَّمَرِيُّ ، قَالَ : قَالَ خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حَتَّى أَتَيْنَا الرُّوحَاءَ ، فَرَأَيْنَا حِمَارًا وَحُشْرًا مَعْقُورًا ، فَأَرَدْنَا أَخْذَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْرٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَقَرَهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : شَأْنُكُمْ الْحِمَارَ . فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالنَّسَائِيُّ^(٢٠) . وَلَأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْنَهُ ، فَجَارَتْ هَبَّتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ ، وَلَأَنَّهُ مُشَاعٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَا يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ وُجُوبَ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَذَا هُنَا . وَمَتَى كَانَتِ الْهَبَةُ لِاثْنَيْنِ ، فَقَبْضَاهُ بِإِذْنِهِ ، ثَبَتَ مِلْكُهُمَا فِيهِ ، وَإِنْ قَبْضَهُ أَحَدُهُمَا ، ثَبَتَ الْمِلْكُ فِي نَصِيبِهِ دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ .

فصل : ومتى قلنا : إِنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي الْهَبَةِ . لَمْ تَصِحَّ الْهَبَةُ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ . كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْمَغْصُوبِ لِغَيْرِ غَاصِبِهِ مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَاصِبِهِ . وَبِهَذَا يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْمَغْصُوبَ لِغَاصِبِهِ ، أَوْ لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ أَخْذِهِ مِنْهُ ،

= ولكن أخرجه : النسائي ، في : باب هبة المشاع ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٨٤ ، ٢١٨ .

(١٦) في م : « المشاع » .

(١٧) الكبة من الشعر : الخصلة المجتمعة منه .

(١٨) أخرجه أبو داود ، في : باب في فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٧/٢ ، ٥٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٨٤ .

(١٩) في النسخ : « عمرو » ، والتصويب من : المجتبى ، والمسند .

(٢٠) أخرجه النسائي ، في : باب إباحة أكل لحوم حمر الوحش ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٨١/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤١٨ .

صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ مُمَكِّنٌ^(٢١) قَبْضُهُ ، وَلَيْسَ لَغَيْرِ الْغَاصِبِ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ . فَإِنْ وَكَّلَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ فِي تَقْيِيضِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُتَّهَبُ الْغَاصِبَ فِي الْقَبْضِ لَهُ ، فَقَبِلَ ، وَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ فِيهِ ، صَارَ مَقْبُوضًا ، وَمَلَكَهُ الْمُتَّهَبُ ، وَبَرِيَ الْغَاصِبُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْهَبَةِ . فَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ اخْتِمَلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ فِي^(٢٢) صِحَّةِ هِبَتِهِ^(٢٢) الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ تَمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هِبَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ هِبَتُهُ ، كَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي هِبَةِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ . وَفِي الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَمَتَى أَذِنَ لَهُ فِي جِزِّ الصُّوفِ ، وَحَلَبِ الشَّاةِ ، كَانَ إِبَاحَةً وَإِنْ وَهَبَ دُهْنَ سِمْسِمِهِ قَبْلَ عَصْرِهِ ، أَوْ زَيْتَ زَيْتُونِهِ ، أَوْ جَفْتَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، / وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمَعْدُومِ ، كَالَّذِي تُثْمِرُ شَجَرَتُهُ ، أَوْ تَحْمِلُ أُمْتُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكَ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ فِي هَذَا كُلِّهِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَحَرْبٍ : لَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا قَالَ : شَاةٌ مِنْ غَنَمِي . يَعْنِي^(٢٣) : وَهَبْتُهَا لَكَ . لَمْ يَجْزِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَهْلَ إِذَا كَانَ فِي حَقِّ الْوَاهِبِ ، مَنَعَ الصُّحَّةَ ؛ لَأَنَّهُ غَرَّرَ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُؤَهَّبِ لَهُ ، لَمْ يَمْنَعْهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا^(٢٤) غَرَّرَ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ فِي

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يُمَكِّنُ » .

(٢٢ - ٢٣) فِي م : « صَحَّتْ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقُّه الْعِلْمُ بِمَا يُوهَبُ^(٢٥) لَهُ ، كَالْمَوْصَى لَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالنَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكَ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْوَطِ ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ^(٢٦) النَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْهِبَةِ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكَ لِمُعَيَّنٍ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجُزْ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ عُلِّقَتْ عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ رَجَعْتَ هَدَيْتُنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ فَهِيَ لَكَ »^(٢٧) . كَانَ وَغَدًا . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ شَرْوَطًا تُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ هَذَا ، بِشَرْطِ أَنْ لَا تَهَبَهُ ، أَوْ لَا تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَهُ أَوْ تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَ فُلَانًا شَيْئًا . لَمْ تَصِحَّ الشَّرْوَطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْهِبَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْوَطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ وَقَّتْ الْهِبَةَ ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكَ لِعَيْنٍ ، فَلَمْ يَصَحَّ مُوقَّتًا ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ أَمَةً ، وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ، صَحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ أَمَةً وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْأَمِّ دُونَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَأَشْبَهَ الْعِتْقَ . وَبِهِ يَقُولُ فِي الْعِتْقِ النَّحَّيْ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الْهِبَةُ ، وَيَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَهَبِ الْوَلَدَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ ، وَكَالْمَوْصَى بِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ دَيْنٌ ، فَوَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَبَرَأَتْ ذِمَّةُ الْعَرِيمِ مِنْهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ ، كَمَا إِسْقَاطُ الْقِصَاصِ وَالشُّفْعَةِ وَحَدُّ الْقَذْفِ ، وَكَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ :

(٢٥) فِي م : « يَوْجِب » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « وَفَارِق » .

(٢٧) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ . صَحَّ ، فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَرَدَّ فِي الْإِبْرَاءِ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾ ^(٢٨) . وَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ لَكَ عَنْهُ . ١٦٩/٥ ظ
صَحَّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(٢٩) .
يَعْنِي بِهِ الْإِبْرَاءَ مِنَ الصَّدَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَسْقَطْتُهُ عَنْكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ
الْمَوْضُوعِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : مَلَكَتْكَ إِيَّاهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَبْتَهُ إِيَّاهُ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ الدَّيْنُ لغير مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ
فِي الْبَيْعِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ
قَرْضًا ، فَبِعَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ بِنَقْدٍ ، وَلَا تَبِعَهُ مِنْ غَيْرِهِ بِنَقْدٍ وَلَا نَسِيئَةٍ ، وَإِذَا أَقْرَضْتَ
رَجُلًا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْ غَيْرِهِ عَرْضًا بِمَا لَكَ عَلَيْهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ
كَانَ الدَّيْنُ عَلَى مُعْصِرٍ ، أَوْ مُمَاطِلٍ ، أَوْ جَاحِدٍ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْ
تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَلِيٍّ بِإِذِلِّ لَهُ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِغَاءٌ بِمَالٍ
ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِعَيْنٍ ، أَوْ يَتَقَابَضَانِ
فِي الْمَجْلِسِ ، لِئَلَّا يَكُونَ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ،
كَبَيْعِ الْآبِقِ . فَأَمَّا هَبْتُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
لَا غَرَرَ فِيهَا عَلَى الْمُتَّهَبِ ، وَلَا الْوَاهِبِ ، فَتَصِحَّ ^(٣٠) ، كَهَبَةِ الْأَعْيَانِ ^(٣١) .

فصل ^(٣٢) : تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَقَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ
مِنْ ذَرِّهِمْ إِلَى أَلْفٍ . لِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا مُنِعَتْ لِأَجْلِ الْغَرَرِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْجُمْلَةِ ، فَقَدْ
زَالَ الْغَرَرُ ، وَصَحَّتِ الْبَرَاءَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ

(٢٨) سورة النساء ٩٢ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣٠) في الأصل : « فصح » .

(٣١) في الأصل : « الأثمان » .

(٣٢) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اِقْتَسِمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) .
 وَلَأنَّه إِسْقَاطٌ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وَكَأَلَوْ قَالَ : مَنْ ذَرَهُمْ إِلَى
 أَلْفٍ . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى تَبَرُّثِ الذِّمَّةِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْعِلْمِ بِمَا فِيهَا ، فَلَوْ وَقَفَ صِحَّةُ
 الْبَرَاءَةِ عَلَى الْعِلْمِ ، لَكَانَ سَدًّا لِبَابِ عَفْوِ الْإِنْسَانِ عَنْ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَتَبَرُّثِ ذِمَّتِهِ ،
 فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ ، كَالْمَنْعِ مِنَ الْعِتْقِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يَعْلَمُهُ ، وَيَكْتُمُهُ
 الْمُسْتَحِقُّ ، خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ لَمْ يَسْمَحْ بِإِبْرَائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ فِيهِ ؛
 لِأَنَّ فِيهِ تَعَرُّيرًا بِالْمُشْتَرَى ، وَقَدْ أَمَكَّنَ التَّحَرُّرُ مِنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَائَةِ
 وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَائَةٌ ، فَفِي صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهَا ؛ لِأَنَّهَا صَادَقَتْ مِلْكَهُ ، فَأَسْقَطَتْهُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَهَا . وَالثَّانِي ، لَا
 تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِبْرَاءً فِي الْحَقِيقَةِ . وَأَصْلُ
 الْوَجْهَيْنِ مَا لَوْ بَاعَ مَالًا كَانَ لِمُورُوثِهِ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ بَاقٍ لِمُورُوثِهِ ، وَكَانَ مُورُوثُهُ قَدْ مَاتَ ،
 وَانْتَقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَفِي صِحَّةِ
 الْإِبْرَاءِ وَجْهَانِ .

٩٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْبِضُ لِلطُّفْلِ أَبُوهُ ، أَوْ وَصِيُّهُ بَعْدَهُ)^(١) ، أَوِ الْحَاكِمُ ،
 أَوْ أَمِينُهُ بِأَمْرِهِ)

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الطُّفْلَ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ
 التَّصَرُّفِ ، وَوَلِيِّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبٌ أَمِينٌ فَهُوَ وَلِيُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْفَقُ عَلَيْهِ ،
 وَأَقْرَبُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَبُوهُ الْأَمِينُ ، وَلَهُ وَصِيٌّ ، فَوَلِيُّهُ وَصِيُّهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَقَامَهُ مَقَامَ
 نَفْسِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى وَكِيلِهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَبُ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، لِفَسْقٍ أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ مَاتَ
 عَنْ غَيْرِ وَصِيٍّ ، فَأَمِينُهُ الْحَاكِمُ ، وَلَا يَلِي مَالَهُ غَيْرُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَأَمِينُ الْحَاكِمِ يَقُومُ

(٣٣) تقدم تخريجه في : ٢٦٥/٦ .

(١) سقط من : م .

مَقَامَهُ ، وَكَذَلِكَ وَكَيْلُ الْأَبِ وَالْوَصِيُّ ، فَيَقُومُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقَامَ الصَّبِيِّ فِي الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ إِنْ اِحتِيجَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَبُولٌ لِمَا لِلصَّبِيِّ فِيهِ حَظٌّ ، فَكَانَ إِلَى الْوَلِيِّ ، كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ هَؤُلَاءِ . ^(٢) فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ ^(٢) ، فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ ، فِي صَبِيٍّ وَهَبَتْ لَهُ هِبَةً ، أَوْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَقَبِضَتْ الْأُمُّ ذَلِكَ وَأَبُوهُ حَاضِرٌ ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ لِلْأُمِّ قَبْضًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَبِ . وَقَالَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَحَقُّ مِنْ يَحْزُوزُ ^(٣) عَلَى الصَّبِيِّ أَبُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ إِنْمَا يَكُونُ مِنَ الْمُتَّهَبِ أَوْ / نَائِبِهِ ، وَالْوَالِي ^(٤) نَائِبٌ بِالشَّرْعِ ، ^{١٧٠/٥} فَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، أَمَّا غَيْرُهُ فَلَا نِيَابَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِهِمْ عِنْدَ عَدَمِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ قَدْ يَكُونُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ وَلَا وَصِيٌّ ، وَيَكُونُ فَقِيرًا لَا غِنَى بِهِ عَنِ الصَّدَقَاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ غَيْرِهِمْ لَهُ ، انْسَدَّ بَابُ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَيَضِيعُ وَيَهْلِكُ ، وَمُرَاعَاةُ حِفْظِهِ عَنِ الْهَلَاكِ أَوْلَى مِنْ مُرَاعَاةِ الْوِلَايَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لِلْأُمِّ الْقَبْضُ لَهُ ، وَكُلٌّ مِنْ يَلِيهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطِّفْلِ ، فِي قِيَامِ وَلِيِّهِ مَقَامَهُ ، لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَزُولُ عَنْهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، إِلَّا أَنَّهُ ^(٥) إِذَا قَبِلَ لِنَفْسِهِ ، وَقَبِضَ لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَوَصِيَّتِهِ ، وَكَسْبِ الْمُبَاحَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ الْقَبْضِ مِنْهُ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ دُونَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَحْصُلُ بِهِ مُسْتَوِلِيًّا عَلَى الْمَالِ ، فَلَا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُهُ لَهُ وَتَفْرِيطُهُ فِيهِ ، فَيَتَعَيَّنْ حِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ بِوَقْفِهِ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَقَبْضِهِ لَوَدِيعَتِهِ . وَأَمَّا الْقَبُولُ ، فَيَحْصُلُ لَهُ بِهِ الْمِلْكُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَاِحتِشَاشِهِ وَاصْطِْيَادِهِ .

(٢ - ٢) فِي م : « قَالَ أَحْمَد » .

(٣) فِي النسخ : « يَحْزُوزُ » .

(٤) فِي م : « وَالْوَلِي » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

فصل : فإن وَهَبَ الأبُ لِابْنِهِ شَيْئًا ، قَامَ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ وَالْقَبُولِ ، إِنْ اخْتِيجَ إِلَيْهِ .
قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَهَبَ لَوَلَدِهِ
الطِّفْلَ دَارًا بِعَيْنِهَا ، أَوْ عَبْدًا بِعَيْنِهِ ، وَقَبَضَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، أَنَّ الْهَبَةَ تَامَةٌ .
هذا قول مالِك ، والثَّوْرِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَيْنَا مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ
شُرَيْحٍ ، وعمر بن عبد العزيز . ثم إن كان المَوْهُوبُ مِمَّا يَفْتَقِرُ إِلَى قَبْضٍ ، اكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
قَدْ وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي ، وَقَبَضْتُهُ لَهُ . لِأَنَّهُ يُعْنَى عَنِ الْقَبُولِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُعْنَى قَوْلُهُ :
قَدْ قَبِلْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يُعْنَى عَنِ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ اكْتَفَى بِقَوْلِهِ : قَدْ
وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ قَبْضٍ وَلَا قَبُولٍ . قال ابنُ عبد البر : أَجْمَعَ
الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّ هَبَةَ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فِي حَجَرِهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ ، وَأَنَّ الْإِشْهَادَ فِيهَا
يُعْنَى عَنِ الْقَبْضِ ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ ؛ لِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن ابنِ المُسَيَّبِ ،
أَنَّ عِثَانَ قَالَ : مَنْ نَحَلَ وَلَدًا صَغِيرًا ، لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نَحْلَةً ، فَأَعْلَنَ ذَلِكَ ، / وَأَشْهَدَ
عَلَى نَفْسِهِ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ . وقال القاضي : لَا بُدَّ فِي هَبَةِ الْوَلَدِ مِنْ أَنْ
يَقُولَ : قَدْ ^(٦) قَبِلْتُهُ . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عِنْدَهُمْ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابِ
وَقَبُولٍ . وقد ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ قَرَأَتِ الْأَحْوَالَ وَذَلَّاتُهَا تُعْنَى عَنِ لَفْظِ الْقَبُولِ ، وَلَا أَدُلَّ
عَلَى الْقَبُولِ مِنْ كَوْنِ الْقَابِلِ هُوَ الْوَاهِبُ ، فَاعْتِبَارُ لَفْظٍ لَا يُفِيدُ مَعْنَى مِنْ غَيْرِ وَرُودِ الشَّرْعِ
بِهِ تَحَكُّمٌ لَا مَعْنَى لَهُ ، مَعَ مُخَالَفَتِهِ لِظَاهِرِ حَالِ النَّبِيِّ ﷺ وَصَحَابَتِهِ . وليس هذا مذهبًا
لأَحْمَدَ ، فَقَدْ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، فِي رَجُلٍ أَشْهَدَ بِسَهْمٍ مِنْ ضَيْعَتِهِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ
لِابْنِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ غَيْرُهُ ، فَقَالَ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْإِشْهَادِ : قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٦) لَهُ .
قِيلَ لَهُ : فَإِنْ سَهَا ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ مُفَرِّزًا رَجَوْتُ . فَقَدْ ذَكَرَ أَحْمَدُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٦) . وَأَنَّهُ يَرْجُو أَنْ يُكْتَفَى مَعَ التَّمْيِيزِ بِالْإِشْهَادِ فَحَسَبَ . وهذا مُوَافِقٌ
لِلْإِجْمَاعِ الْمَذْكُورِ عَنْ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ . وقال بعضُ أَصْحَابِنَا : يُكْتَفَى بِأَحَدِ لَفْظَيْنِ ،
إِمَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ ، أَوْ قَبَضْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ يُعْنَى عَنِ الْقَبْضِ . وظاهرُ كلامِ أَحْمَدَ

١٧٠/٥ ظ

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

ما ذكّرناه . ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : إن وهب له ما يعرف بعينه كالأثمان ، لم يجز ، إلا أن يضعها على يد غيره ؛ لأن الأب قد يتلف ذلك ، ويتلف بغير سببه ، ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه ، فلا ينفع القبض شيئا . ولنا ، أن ذلك مما لا تصح هبته ، فإذا وهبه لابنه الصغير ، وقبضه له ، وجب أن تصح ، كالعروض .

فصل (٧) : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بد من أن يؤكل من يقبل للصبي ، ويقبض له ، ليكون الإيجاب منه ، والقبول ، والقبض من غيره ، كما في البيع . بخلاف الأب ؛ ^(٨) فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض ، لكونه يجوز أن يبيع لنفسه . والصحيح عندى أن الأب ^(٩) وغيره في هذا سواء ؛ لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله ، فجاز له أن يتولى طرفيه ، كالأب . وفارق البيع ؛ فإنه لا يجوز أن يؤكل من يشتري له ، ولأن البيع عقد معاوضة ومراجعة ، فيتهم في عقده لنفسه ، والهبة محض مصلحة لا ثمة فيها ، وهو ولي فيه ^(٩) ، فجاز أن يتولى طرفي ^(١٠) العقد ، كالأب ، ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي ، وهو ههنا يعطى ولا يأخذ ، فلا وجه لمنعه من ذلك ، وتوقيفه / على ١٧١/٥ و توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والإشهاد عن ^(١١) القبض والقبول ، فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما .

فصل : فأما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصح ، سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن ؛ لأنه محجور عليه لحظ ^(١٢) نفسه ، فلم يصح تبرعه ، كالسفيه . وأما العبد فلا يجوز

(٧) في الأصل زيادة : « قال » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « طرق » .

(١١) في م : « إلى » .

(١٢) في م : « لحظ » .

أَنْ يَهَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، وَمَالُهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الْهَبَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لِسَيِّدِهِ ^(١٣) ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ إِذْنُهُ فِيهِ ، كَالْإِتْقَاطِ ^(١٤) ، وَمَا وَهَبَهُ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِهِ ، فَأُشْبِهَ اصْطِيَادَهُ .

٩٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، أَمَرَ بِرَدِّهِ ، كَأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجبُ على الإنسانِ التَّسْوِيَةَ بين أولاده في العَطِيَّةِ ، إذا لم يَخْتَصْ أَحَدُهُمْ بِمَعْنَى يُبِيحُ ^(١) التَّفْضِيلَ ، فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِعَطِيَّتِهِ ، أَوْ فَاضَلَ بَيْنَهُمْ فِيهَا ، أَيْمَ ، وَوَجَبَتْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا رَدُّ مَا فَضَّلَ بِهِ الْبَعْضَ ، وَإِمَّا إِتْمَامُ نَصِيبِ الْآخَرِ . قَالَ طَاوُسٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَلَا رَغِيفٌ مُحْتَرِقٌ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ . وَرَوَى مَعْنَاهُ عَنْ مُجَاهِدٍ ، وَعُرْوَةَ . وَكَانَ الْحَسَنُ يَكْرَهُهُ ، وَيُجِيزُهُ فِي الْقَضَاءِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : ذَلِكَ جَائِزٌ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ ابْنَتَهُ جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ ^(٢) . وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ : « أَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » ^(٣) . فَأَمَرَهُ

(١٣) في م : « للسيد » .

(١٤) في م : « كالألفاظ » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما في الأصل .

(١) في الأصل : « ينتج » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٢/٢ وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ .

بِتَأْكِيدِهَا دُونَ الرُّجُوعِ فِيهَا ، وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ تُلْزَمُ بِمَوْتِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ جَائِزَةً ، كَمَا لَوْ سَوَّى بَيْنَهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى النُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بَيْعُضٍ مَالِهِ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ أَبِي إِلَى (٤) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لِيُشْهَدَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ ، فَقَالَ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أُعْطِيتَ مِثْلَهُ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَردَّتْكَ الصَّدَقَةَ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْدُدْهُ » . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْجِعْهُ » . (٥) وَفِي لَفْظٍ : « لَا تُشْهَدْنِي عَلَى جَوْرِ » . وَفِي لَفْظٍ : « فَأُشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » (٦) . وَفِي لَفْظٍ : « سَوَّى بَيْنَهُمْ » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٧) . وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى ١٧١/٥ ظ

التَّحْرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ سَمَّاهُ جَوْرًا ، وَأَمَرَ بِرُدِّهِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّ تَفْضِيلَ (٧) بَعْضِهِمْ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ وَقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَتَرْوِيجِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُعَارِضُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يُحْتَجُّ بِهِ مَعَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَصَّهَا بِعَطِيَّتِهِ (٨) لِحَاجَتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ فِيهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهَا بِفَضْلِهَا ، وَكَوْنِهَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ زَوْجَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ فَضَائِلِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَحَلَهَا وَنَحَلَ غَيْرَهَا مِنْ وَلَدِهِ ، أَوْ نَحَلَهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَنْحَلَ غَيْرَهَا ، فَأَذْرَكَ الْمَوْتَ قَبْلَ ذَلِكَ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِهِ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ

(٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الإشهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦/٣ ومسلم ، في :

باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٢/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود

٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ .

(٧) سقط من : م . وهو في الأصل : « في تفضيل » .

(٨) في الأصل : « بعطية » .

الْوُجُوهِ ؛ لِأَنَّ حَمْلَهُ عَلَى مِثْلِ مَحَلِّ التَّرَاعِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ ، وَأَقْلُّ أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ أَبِي بَكْرٍ اجْتِنَابُ الْمَكْرُوهَاتِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . لَيْسَ بِأَمْرٍ ؛ لِأَنَّ أَدْنَى أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْاسْتِحْبَابُ وَالنَّدْبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي كَرَاهَةِ هَذَا . وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِتَأْكِيدِهِ ، مَعَ أَمْرِهِ بِرَدِّهِ ، وَتَسْمِيَّتِهِ إِيَّاهُ جَوْرًا ، وَحَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى التَّنَاقُضِ وَالتَّضَادِّ ، وَلَوْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِشْهَادِ غَيْرِهِ ، لَأَمْتَلَّ (٩) بِشِيرِ أَمْرِهِ ، وَلَمْ يُرَدِّ ، وَإِنَّمَا هَذَا تَهْدِيدٌ لَهُ عَلَى هَذَا ، فَيُفِيدُ مَا أَفَادَهُ النَّهْيُ عَنْ إِثْمَامِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ لِمَعْنَى يَقْتَضِي تَخْصِيصَهُ ، مِثْلَ اخْتِصَاصِهِ بِحَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ كَثْرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ اشْتِعَالِهِ بِالْعِلْمِ أَوْ نَحْوِهِ مِنَ الْفَضَائِلِ ، أَوْ صَرْفِ عَطِيَّتِهِ عَنْ بَعْضٍ وَلَدِهِ لِفُسْقِهِ ، أَوْ بَدْعَتِهِ ، أَوْ لِكَوْنِهِ يَسْتَعِينُ بِمَا يَأْخُذُهُ عَلَى مَعْصِيَةِ اللَّهِ ، أَوْ يُنْفِقُهُ فِيهَا ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ (١٠) الْحَاجَّةِ ، وَأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ (١١) عَلَى سَبِيلِ الْأَثَرَةِ . وَالْعَطِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ ظَاهِرُ لَفْظِهِ الْمَنْعَ مِنَ التَّفْضِيلِ أَوْ التَّخْصِيصِ (١٢) عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِكَوْنِ النَّبِيِّ ﷺ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بِشِيرًا فِي عَطِيَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ ، وَلِأَنَّ بَعْضَهُمْ اخْتَصَّ بِمَعْنَى يَقْتَضِي الْعَطِيَّةَ ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا ، كَمَا لَوْ اخْتَصَّ بِالْقَرَابَةِ (١٣) . وَحَدِيثُ بِشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَتَرَكُ النَّبِيُّ ﷺ الْاسْتِفْصَالَ / يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِعِلْمِهِ بِالْحَالِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ عَلِمَ بِالْحَالِ لَمَا قَالَ : « أَلَيْكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ السُّؤَالُ هَهُنَا لِبَيَانِ الْعِلَّةِ ، كَمَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ : « أَيْنَقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَيْسَ ؟ » قَالَ : نَعَمْ :

و ١٧٢/٥

(٩) فِي م : « امْتَل » .

(١٠ - ١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي م : « وَالتَّخْصِيصُ » .

(١٢) فِي م : « الْقَرَابَةُ » .

قال : « فَلَا إِذَا »^(١٣) . وقد عَلِمَ أَنَّ الرُّطَبَ يَنْقُصُ ، لَكِنْ نَبَّهَ السَّائِلَ بِهَذَا عَلَى عِلَّةِ الْمَنْعِ مِنَ الْبَيْعِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي اسْتِحْبَابِ التَّسْوِيَةِ ، وَكَرَاهَةِ التَّفْضِيلِ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ يُسَوُّوا بَيْنَهُمْ حَتَّى فِي الْقُبُلِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالتَّسْوِيَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ أَنْ يُقَسَّمْ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثِ ، فَيُجْعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قَالَ شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ وَلَدِهِ : ارْزُدْهُمْ إِلَى سِيْهَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَفَرَائِضِهِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : مَا كَانُوا يُقَسِّمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ : تُعْطَى الْأُنْثَى مِثْلَ مَا يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » .^(١٤) وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ »^(١٥) . وَابْنُ كَالَابِ فِي اسْتِحْقَاقِ بَرِّهَا ، وَكَذَلِكَ فِي عَطِيَّتِهَا . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ : « سَوِّوْا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كُنْتُ مُؤْتِرًا لِأَحَدٍ »^(١٥) لَا تَرْتِ النَّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٦) . وَلَا تَهَا عَطِيَّةٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، كَالْتَّفَقَةِ وَالْكُسُوفَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، وَأَوَّلَى مَا اقْتَدَى بِقِسْمَةِ اللَّهِ ، وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ فِي الْحَيَاةِ أَحَدُ حَالِي الْعَطِيَّةِ ، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ مِنْهَا مِثْلُ حَظِّ^(١٧) الْأُنثِيَيْنِ ، كَحَالَةِ الْمَوْتِ . يَعْنِي الْمِيرَاثَ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لِمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَيَنْبَغِي

(١٣) تقدم تخريجه في : ٦٧/٦ .

(١٤ - ١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٧/٦ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبراني ، في : باب في العدل بين العطية لهم ، من كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » . كنز العمال ٤٤٦/١٦ .

(١٧) سقط من : م .

أن تكون على حسبه ، كما أن مُعَجَّلَ الزَّكَاةِ قبل وُجوبها يُؤدِّيها على صِفَةِ أَدَائِهَا بعد وُجوبها ، وكذلك الكَفَّارَاتُ المُعَجَّلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أَخَوَجُ مِنَ الْأُنْثَى ، من قِبَلِ أَنَّهُمَا إِذَا تَزَوَّجَا جَمِيعًا فَالصَّدَاقُ وَالتَّفَقُّةُ وَتَفَقُّةُ الْأَوْلَادِ عَلَى الذَّكَرِ ، وَالْأُنْثَى لَهَا ذَلِكَ ، فَكَانَ أَوْلَى بِالْتَّفْضِيلِ ؛ لِزِيَادَةِ حَاجَتِهِ ، وَقَدْ قَسَمَ اللَّهُ تَعَالَى الْمِيرَاثَ ، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مَقْرُونًا بِهَذَا الْمَعْنَى فَتَعَلَّلَ بِهِ ، وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى الْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ . وَحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنِ ، وَحِكَايَةُ حَالٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ حُكْمُهَا فِيمَا مِثْلُهَا ، وَلَا نَعْلَمُ حَالِ أَوْلَادِ بَشِيرٍ ، هَلْ كَانَ فِيهِمْ أَنْثَى أَوْ لَا ؟ وَلَعَلَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثُمَّ تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / عَلَى الْقِسْمَةِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ التَّسْوِيَةَ فِي ^(١٨) أَصْلِ الْعَطَاءِ ، لَا فِي صِفَتِهِ ، فَإِنَّ الْقِسْمَةَ لَا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ^(١٩) مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَكَذَلِكَ الْحَدِيثُ الْآخَرُ ^(٢٠) ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ قَوْلُ عَطَاءٍ : مَا كَانُوا يُقَسَّمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَهَذَا خَبَرٌ عَنْ جَمِيعِهِمْ ، عَلَى أَنَّ الصَّحِيحَ مِنْ خَبَرِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مَرْسَلٌ .

١٧٢/٥ ظ

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بَيْنَ سَائِرِ أَقَارِبِهِ ، وَلَا إِعْطَاؤُهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ ، سِوَاءِ كَانُوا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالْأَخَوَةِ وَأَخَوَاتِ ، وَأَعْمَامٍ وَبَنِي عَمٍّ ، أَوْ مِنْ جِهَاتٍ ، كَبَنَاتٍ وَأَخَوَاتٍ وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الْمَشْرُوعُ فِي عَطِيَّةِ الْأَوْلَادِ وَسَائِرِ الْأَقَارِبِ ، أَنْ يُعْطِيَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ ^(٢٠) ، فَإِنْ خَالَفَ وَفَعَلَ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ وَيَعْمَهُمْ بِالنَّحْلَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي مَعْنَى الْأَوْلَادِ ، فَثَبَّتَ فِيهِمْ مِثْلَ حُكْمِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَغَيْرِ الْأَوْلَادِ فِي صِحَّتِهِ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ ، كَمَا لَوْ كَانُوا غَيْرَ وَارِثِينَ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ إِبَاحَةٌ تُصَرِّفُ الْإِنْسَانَ فِي مَالِهِ كَيْفَ شَاءَ ، وَإِنَّمَا وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَوْلَادِ بِالْخَبَرِ ، وَلَيْسَ غَيْرُهُمْ فِي مَعْنَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي وُجُوبِ بَرِّ وَالِدِهِمْ ، فَاسْتَوَوْا فِي

(١٨ - ١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « ميراثهم » .

عَطِيَّتِهِ . وبهذا علَّلَ النبي ﷺ حين قال : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوْافِيَ بِرُّكَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَسَوْ بَيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا في غيرهم ، ولأنَّ لِلْوَالِدِ الرَّجُوعَ ^(٢١) فيما أُعْطِيَ ^(٢٢) وَلَدَهُ ، فَيُمْكِنُهُ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمْ بِاسْتِرْجَاعِ مَا أُعْطَاهُ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذلكَ في غيرهم ، ولأنَّ الْأَوْلَادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الْوَالِدِ لَهُمْ ، وَصَرَفِ مَالِهِ إِلَيْهِمْ عَادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فِي ذلكَ ، وَيَسْتَنْدُ عَلَيْهِمْ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، وَلَا يُبَارِيهِمْ فِي ذلكَ غَيْرُهُمْ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا نَصٌّ فِي غيرهم ، ولأنَّ النبي ﷺ قد عَلِمَ لِبَشِيرِ زَوْجَةٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِإِعْطَائِهَا شَيْئًا حِينَ أَمَرَهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ هَلْ لَكَ وَارِثٌ غَيْرَ وَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب ؛ لقول النبي ﷺ :
« اتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَمُنِعَتْ التَّفْضِيلَ ^(٢٣) كالأب ، ولأنَّ مَا يَخْصُلُ بِتَخْصِيصِ الْأَبِ بَعْضَ وَلَدِهِ مِنَ الْحَسَدِ وَالْعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مثله في تَخْصِيصِ الْأُمِّ بَعْضَ وَلَدِهَا ، ^(٢٤) فَنَبِتَ لَهَا ^(٢٥) مِثْلُ حُكْمِهِ فِي ذلكَ .

فصل : وقول الخِرَقِيّ : « أَمْرٌ بِرَدُّهُ » . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلأَبِ الرَّجُوعَ فِيما وَهَبَ لَوَلَدِهِ . وهو ظاهرُ مذهبِ أَحْمَدَ ، سواءَ قَصَدَ بِرْجُوعِهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ أَوْ لَمْ يُرِدْ ، وهذا مذهبُ مالِكٍ / ، والأَوْزَاعِيّ ، والشَّافِعِيّ ، وإِسْحَاقَ ، وأبِي ثَوْرٍ . وعن أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا . وبها قالُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالثَّوْرِيّ ، وَالْعَنْبَرِيّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ » ^(٢٦) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وعن عَمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ ^(٢٧) وَهَبَ هَبَةً يَرَى أَنَّه أَرَادَ بِهَا صِلَةَ رَحِمٍ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هَبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَبَّتِهِ ،

(٢١ - ٢٢) في م : « في عطية » .

(٢٢) في م : « بالتفضيل » .

(٢٣ - ٢٤) في الأصل : « فنبت فيها » .

(٢٤) تقدم نحرجه في : ١٠٤/٤ .

(٢٥) في الأصل : « في من » .

يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « الْمَوْطَأِ » ^(٢٦) . وَلَأَنَّهَا هِبَةٌ يَحْصُلُ بِهَا الْأَجْرُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزِ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « فَارْذُدْهُ » . وَرَوَى : « فَارْجِعْهُ » . رَوَاهُ كَذَلِكَ مَالِكٌ عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنِ النُّعْمَانِ . فَأَمَرَهُ بِالرَّجُوعِ فِي هِبَتِهِ ، وَأَقْلَّ أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْجَوَازِ ، وَقَدْ امْتَثَلَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ ذَلِكَ ^(٢٧) ، فَرَجَعَ فِي هِبَتِهِ لَوْلَدِهِ ، أَلَا تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْكَ الصَّدَقَةُ . وَحَمَلَ الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَعْطَاهُ شَيْئًا ، يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ . وَقَوْلُ بَشِيرٍ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي غَلَامًا . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ أَعْطَاهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَارْذُدْهُ » . وَقَوْلُهُ : « فَارْجِعْهُ » . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعَانِ الْحَدِيثَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٨) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا يَخْصُ عُمُومَ مَا رَوَوْهُ ^(٢٩) وَيُفَسِّرُهُ . وَقِيَاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِهَبَةِ الْأَجْنَبِيِّ ؛ فَإِنَّ فِيهَا أَجْرًا وَثَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَدَبَ إِلَيْهَا . وَعِنْدَهُمْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَلَدِ ^(٣٠) كَمَسْأَلَتِنَا ، وَقَدْ دَلَّ حَدِيثُ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ عَلَى الرَّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ .

فصل : وظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ الْأُمَّ كَالْأَبِ ، فِي الرَّجُوعِ فِي الْهِبَةِ ؛ لِأَنَّ

(٢٦) في : باب القضاء في الهبة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٤/٢ .

(٢٧) في م : « في ذلك » .

(٢٨) في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب الهبة ، عارضة الأحوذى ٢٩٤/٨ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦١/٢ . وابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام أحمد ، في المسند ٧٨/٢ .

(٢٩) في م : « رواه » .

(٣٠) في م : « الوالد » .

قوله : « وإذا فاضل بين أولاده » يتناول كل والد ، ثم قال في سياقه : « أمر برده » .
 فيدخل فيه الأم . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها داخله في قوله : « إلا الوالد فيما يعطى
 ولده » . ولأنها لما دخلت في قول النبي : « سووا بين أولادكم » . ينبغي أن تتمكن
 من التسوية ، والرجوع في الهبة طريق في التسوية ، وربما تعين طريقا فيها إذا لم يمكن
 إعطاء الآخر مثل عطية الأول ، ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث / بشير^(٣١) بن ١٧٣/٥ ظ
 سعد^(٣١) ، فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله ؛ لقوله : « فأردده » . وقوله :
 « فأرجعه » . ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ، ينبغي أن
 تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به ، تخلصا لها من الإثم ، وإزالة للتفضيل
 المحرم ، كالأب . والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع . قال الأثرم : قلت
 لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال : ليس هي عندي في
 هذا كالرجل ؛ لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ، والأم لا تأخذ . وذكر حديث
 عائشة : « أطيب^(٣٢) ما أكل^(٣٢) الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه »^(٣٣) . أي
 كأنه الرجل . قال أصحابنا : والحديث حجة لنا ، فإنه خص الوالد ، وهو بإطلاقه
 إنما يتناول الأب دون الأم ، والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ، ويحوز جميع
 المال في الميراث ، والأم بخلافه . وقال مالك : للأم الرجوع في هبة ولدها ما كان
 أبوه حيا ، فإن كان ميتا ، فلا رجوع لها ؛ لأنها هبة لیتيم ، وهبة الیتيم لازمة ،
 كصدقة التطوع ، ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع .

(٣١ - ٣١) سقط من : م .

(٣٢ - ٣٢) في م : « مأكّل » .

(٣٣) أخرجه أبو داود ، في : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٩ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٠ .
 والنسائي ، في : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، في : باب مال للرجل
 من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣١ ، ٤١ ،
 ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة . وهو قول الشافعي . وقرئ مالك وأصحاب الرأي بينهما ، فلم يُجيزوا الرجوع في الصدقة بحال ، واحتجوا بحديث عمر : من وهب هبة ، وأراد بها صلة رحم ، أو على وجه صدقة ؛ فإنه لا يرجع . ولنا ، حديث النعمان بن بشير ، فإنه قال : تصدق على أبي بصدقة . وقال : فرجع أبي ، فردت تلك الصدقة . وأيضاً عموم قول النبي ﷺ : « إلا الوالد فيما يُعطى ولده » . وهذا يُقدم على (٣٤) قول عمر ، ثم هو خاص في الوالد ، وحديث عمر عام ، فيجب تقديم الخاص .

فصل : وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة :

أحدها ، أن تكون باقية في ملك الابن ، فإن خرجت عن ملكه ، بيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك ، لم يكن له الرجوع فيها ؛ لأنه إبطال لملك غير الوالد . وإن عادت إليه بسبب جديد ، كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك ، لم يملك الرجوع فيها ؛ لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه ، فلا يملك فسخه وإزالته ، كالذي لم يكن مؤهوباً له . وإن عادت إليه بفسخ البيع ، لعيب أو إقالة أو فلس المشتري ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يملك الرجوع ؛ لأن السبب المزيل ارتفع ، وعاد الملك بالسبب الأول ، فأشبهه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط . والثاني ، لا يملك الرجوع ؛ لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه ، فأشبهه ما لو عاد إليه بهبة . فأما إن عاد إليه للفسخ بخيار الشرط ، أو خيار المجلس ، فله الرجوع ؛ لأن الملك لم يستقر عليه .

و ١٧٤/٥

فصل : الثاني ، أن تكون العين باقية في تصرف الولد ، بحيث يملك التصرف في رقبته ، فإن استولدت الأمة ، لم يملك الأب الرجوع فيها ؛ لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها . وإن رهن العين ، أو أفلس وحجر عليه ، لم يملك الأب الرجوع فيها ؛

(٣٤) سقط من : م .

لأن في ذلك إبطالاً لحق غير الولد . فإن زال المانع من التصرف ، فله الرجوع ؛ لأن ملك الابن لم يزل ، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك ، فمنع الرجوع ، فإذا زال [زال] المانع ، والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب . وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه . فأما من أجاز بيع المكاتب ، فحكمه حكم المستأجر والمزوج . وأما التذير ، فالصحيح أنه لا يمنع البيع ، فلا يمنع الرجوع . وإن قلنا : يمنع البيع . منع الرجوع . وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة ، كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه^(٣٥) ، والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتذير ، إن قلنا : لا يمنع البيع ، والمزارعة عليها ، وجعلها مضاربة ، أو في عقد شركة ، فكل ذلك لا يمنع الرجوع ؛ لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبته ، وكذلك العتق المعلق على صفة . وإذا رجع وكان التصرف لازماً ، كالإجارة والتزويج والكتابة ، فهو باق بحاله ؛ لأن الابن لا يملك إبطاله ، فذلك من انتقل إليه . وإن كان جائزاً ، كالوصية والهبة قبل القبض ، بطل ؛ لأن الابن يملك إبطاله . وأما التذير والعتق المعلق بصفة ، فلا يبقى حكمهما في حق الأب ، ومتى عاد إلى الابن ، عاد حكمهما . فأما البيع الذي للابن فيه خيار ، إما بشرط ، أو عيب في الثمن ، أو غير ذلك ، فيمنع الرجوع ؛ لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ، ولم يثبت له ذلك من جهته . وإن وهبه الابن لابنه ، لم يملك الرجوع فيه ؛ لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه . فإن رجع الابن في هبته ، احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته حينئذ ؛ لأنه فسخ هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بالسبب الأول . ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع ؛ لأنه رجع إلى ابنه^(٣٦) بعد استقرار ملك غيره عليه ، فأشبهه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه^(٣٧) .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : « أليه » .

(٣٧) في الأصل : « لابنه » .

فصل : الثالث ، أن لا يتعلّق بها رغبة لغير الولد ، فإن تعلّقت بها رغبة لغيره ،
 مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معامَلته ، وأدائوه دُيُونًا ، أو رغبوا في
 مُناكَحَتِهِ ، فزوّجوه إن كان ذكراً ، أو تزوّجت الأنثى لذلك ، فعن أحمد روايتان ؛
 أولاها ، ليس له الرجوع . قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهب لابنه
 مالا : فله الرجوع ، إلا أن يكون غرّ به قومًا ، فإن غرّ به ، فليس له أن يرجع فيها .
 وهذا مذهب مالك ؛ لأنّه تعلّق به حق غير الابن ، ففي الرجوع إبطال حقه ، وقد
 قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(٣٨) . وفي الرجوع ضرر ، ولأنّ في هذا
 تحيلاً على إلحاق الضرر بالمُسْلِمِينَ ، ولا يجوز التحيل على ذلك . والثانية ، له
 الرجوع ؛ لعموم الخبر ، ولأنّ حقّ المتزوّج والعريم لم يتعلّق بعين هذا المال ، فلم
 يمنع الرجوع فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تزيد زيادة متصلة ، كالسمن والكبر وتعلم صنعة . فإن
 زادت ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛
 لأنّها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة .
 والثانية ، تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنّ الزيادة للموهوب له لكونها نماءً ملكه ،
 ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع
 فيها ، امتنع الرجوع في الأصل ، لئلا يفضي^(٣٩) إلى سوء المشاركة ، وضرر
 التّشقيص ، ولأنّه^(٤٠) استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه ، فمنعه
 الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصّدّاق بفسخ النكاح ، أو نصفه بالطلاق ، أو
 رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري . ويُفارق الرّد بالعيب من جهة أنّ الرّد من
 المشتري ، وقد رضى ببذل الزيادة . وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرض ،

(٣٨) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) في م : « يقتضى » .

(٤٠) في الأصل زيادة : « فسخ » .

فَرَادَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْمُشْتَرِيَ الْآخَرَ بِهِ عَيْبًا ، قُلْنَا : بَائِعُ الْمَعِيبِ سَلَطَ مُشْتَرِيهِ عَلَى الْفَسْخِ ، يَبِيعُهُ الْمَعِيبَ ، فَكَأَنَّ الْفَسْخَ وَجَدَ مِنْهُ . وَلِهَذَا قُلْنَا ، فِيمَا إِذَا فُسِّخَ الزَّوْجُ النِّكَاحُ لِعَيْبِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَا صَدَاقَ لَهَا ، كَمَا لَوْ فُسِّخَتْهُ . وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَيْنِ ، كَالسَّمَنِ وَالطُّوْلِ وَنَحْوَهُمَا ، أَوْ فِي الْمَعَانِي ، كَتَعْلَمُ^(٤١) صَنْعَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ قُرْآنٍ^(٤٢) أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ إِسْلَامٍ ، أَوْ قَضَاءٍ دَيْنٍ عَنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الزِّيَادَةُ بِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنْهُ ، لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ لَهَا مُقَابِلُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَمَنْعَتِ الرَّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ وَتَعْلَمُ الصَّنْعَةِ . وَإِنْ زَادَ بِبُرْئِهِ مِنْ / مَرَضٍ أَوْ صَمَمٍ ، مَنَعَ الرَّجُوعَ ، كَسَائِرِ الزِّيَادَاتِ ، وَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةُ الْعَيْنِ أَوْ التَّعْلَمِ لَا تَزِيدُ فِي قِيمَتِهِ شَيْئًا ، أَوْ يَنْقُصُ مِنْهَا ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِزِيَادَةٍ فِي الْمَالِيَّةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، كَوَلَدِ الْبَهِيمَةِ ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وَكَسَبِ الْعَبْدِ ، فَلَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا حَادِثَةٌ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبَعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَلَا تَتَّبَعُ هُنَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهُوَ بَعِيدٌ ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ وَلَدَ أُمَةٍ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، مَنَعَ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ^(٤٣) ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ إِنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ يَرْجِعُ فِي الْأُمِّ ، وَيَتَمَلَّكُ^(٤٤) الْوَلَدَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ .

فصل : وَإِنْ قَصَرَ^(٤٥) الْعَيْنُ أَوْ فَصَّلَهَا ، فَلَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، لَمْ تَمْنَعْ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَزِدْ وَلَا الْقِيَمَةَ ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّفَعِلَةٌ ، هَلْ تَمْنَعُ الرَّجُوعَ أَوْ لَا ؟ مَبْنِيٌّ^(٤٥) عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي السُّمْنَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَمْنَعَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ الرَّجُوعَ بِكُلِّ

(٤١ - ٤١) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنَاعَةُ أَوْ الْكِتَابَةُ أَوْ الْقُرْآنُ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « يَحْرَمُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَمْلِكُ » .

(٤٤) قَصَرَ الثَّوْبَ : دَقَهُ وَبَيَضَهُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَبْنِي » .

حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا حَاصِلَةٌ بِفِعْلِ الْإِبْنِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْعَيْنِ الْحَاصِلَةِ بِفِعْلِهِ ، بِخِلَافِ السَّمَنِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعُ ، لِأَنَّهُ نَمَاءُ الْعَيْنِ ، فَيَكُونُ تَابِعًا لَهَا . وَإِنْ وَهَبَهُ حَامِلًا فَوَلَدَتْ فِي يَدِ الْإِبْنِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فِي الْوَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً إِذَا قُلْنَا : الْحَمْلُ لَا حُكْمَ لَهُ . وَإِنْ وَهَبَهُ حَامِلًا ، ثُمَّ رَجَعَ فِيهَا حَامِلًا ، جَازَ إِذَا لَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ^(٤٦) . وَإِنْ وَهَبَهُ حَائِلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ^(٤٧) ، وَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا دُونَ حَمْلِهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنْ الْحَمْلُ لَا حُكْمَ لَهُ ، فَزَادَتْ بِهِ قِيَمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهَا ، جَازَ الرَّجُوعُ فِيهَا . وَإِنْ وَهَبَهُ نَحْلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وَبَعْدَهُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ .

فصل : وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْعَيْنِ ، أَوْ تَقَصَّتْ قِيَمَتُهَا ، لَمْ يَمْنَعِ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَى الْإِبْنِ فِيمَا تَلَفَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُ^(٤٧) عَلَى مِلْكِهِ . وَسَوَاءٌ تَلَفَ بِفِعْلِ الْإِبْنِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ . وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً تَعْلُقُ أَرْضَهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَهُوَ كُنُقْصَانُهُ بِذَهَابِ بَعْضِ أَجْزَائِهِ ، وَلِلْأَبِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، فَإِنْ رَجَعَ فِيهِ ، ضَمِنَ أَرْضَ الْجِنَايَةِ . وَإِنْ جَنَى عَلَى الْعَبْدِ ، فَرَجَعَ الْأَبُ^(٤٨) فِيهِ ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ لِلْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ أَرَادَ الْأَبُ الرَّجُوعَ فِي^(٤٩) الرَّهْنِ ، وَعَلَيْهِ فَكَأَكْهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، فَكَيْفَ مَلَكَ الرَّجُوعَ فِي^(٤٩) الْعَبْدِ / الْجَانِي إِذَا أَدَّى أَرْضَ جِنَايَتِهِ ؟ قُلْنَا : الرَّهْنُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي الْعَيْنِ ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ ، وَلَئِنْ فَكَّ الرَّهْنُ فَسُخِّ لِعَقْدِ عَقْدُهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، وَهَهُنَا لَمْ يَتَعْلَقِ الْحَقُّ بِهِ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ ، فَافْتَرَقَا .

ظ ١٧٥/٥

فصل : وَالرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ أَنْ يَقُولَ : قَدْ رَجَعْتُ فِيهَا ، أَوْ ارْتَجَعْتُهَا ،

(٤٦) فِي م : « مُنْفَصِلَةٌ » .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : « تَلَفَ » .

(٤٨) فِي م زِيَادَةٌ : « فَيَرْجِعُ الْأَبُ » .

(٤٩ - ٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَوْ ارْتَدَّ ذُتْهَا^(٥٠) . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى الرَّجُوعِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِقَضَاءٍ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُوْهُوبِ لَهُ مُسْتَقَرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ فِي فسخِ عَقْدٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَضَاءٍ ، كَالْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَ مَا وَهَبَهُ لِوَلَدِهِ ، فَإِنْ نَوَى بِهِ الرَّجُوعَ ، كَانَ رُجُوعًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِيَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ نَوَى الرَّجُوعَ أَوْ لَا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ ، فَإِنْ لَمْ تَوْجَدْ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ ، لَمْ يُحْكَمْ بِكَوْنِهِ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ يَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ وَغَيْرَهُ ، فَلَا تُزِيلُ حُكْمًا يَقِينًا^(٥١) بِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ . وَإِنْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرَائِنُ دَالَّةٌ^(٥٢) عَلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رُجُوعًا . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّا اكْتَفَيْنَا فِي الْعَقْدِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، فَفِي الْفَسْخِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الرَّجُوعِ إِنَّمَا كَانَ رُجُوعًا لِذِلَالَتِهِ عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ مَا ذُلَّ عَلَيْهِ . وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ لِلْمُوْهُوبِ لَهُ يَقِينًا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُنْتَى هَذَا عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ فِيهِ ، لَمْ يَكْتَفِ هَهُنَا إِلَّا بِالْفِظِ يَقْتَضِي زَوَالَهُ ، وَمَنْ اكْتَفَى فِي الْعَقْدِ بِالْمُعَاوَاةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَإِنْ نَوَى الرَّجُوعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ وَلَا قَوْلٍ ، لَمْ يَحْصُلِ الرَّجُوعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِبْثَاتُ الْمِلْكِ عَلَى مَالٍ مَمْلُوكٍ لْغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَإِنْ عَلَّقَ الرَّجُوعَ بِشَرْطٍ ، فَقَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي الْهَبَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ لِلْعَقْدِ لَا يَقِفُ عَلَى شَرْطٍ ، كَمَا لَا يَقِفُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ .

٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَرُدُّهُ ، فَقَدْ ثَبَتَ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ)

يعنى إذا فاضل بين ولده في العطايا ، أو خص بعضهم بعطية^(١) ، ثم مات قبل أن

(٥٠) في الأصل : « رددتها » .

(٥١) في م : « يقينا » .

(٥٢) في م : « دار » خطأ .

(١) في الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدُّهُ ، ثَبَتَ ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَلَزِمَ ، وَلَيْسَ لِبَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ الرَّجُوعُ . هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمِثْمُونِيِّ ، وَهُوَ اخْتِيارُ الْخَلَالِ ، / وصاحبه أبي بكر . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأكثر أهل العلم ، وفيه رواية أخرى ^(٢) عن أحمد ^(٢) ، أن لسائر الورثة أن يرثجعوا ما وهبه . اختاره ابن بطّة وأبو حفص العكبري . وهو قول غزوة بن الزبير ، وإسحاق . وقال أحمد : غزوة قدروى الأحاديث الثلاثة ؛ حديث عائشة ، وحديث عمر ، وحديث عثمان ^(٣) ، وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ ، يرد في حياة الرجل وبعد موته ^(٤) . وهذا قول إسحاق ، إلا أنه قال : إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم ، لا يسع أن ينتفع أحد مما أعطى دون إخوته وأخواته ؛ لأن النبي ﷺ سمي ذلك جوراً بقوله : « لَا تُشْهِدُنِي عَلَى جَوْرٍ » . والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ، ولا للمعطى تناوله . والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً ، فيجب رده ، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس ابن سعد ، أن يرد قسم أبيه حين ولد له ولد ، ولم يكن علم به ، ولا أعطاه شيئاً ، وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد ^(٥) ، بإسناده من طريقين ، أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده ، وخرج إلى الشام ، فمات بها ، ثم ولد بعد ذلك ولد فمشی أبو بكر وعمر ، رضي الله عنهما ، إلى قيس بن سعد ، فقالا : إن سعداً قسم ماله ، ولم يدر ما يكون ، وإنّا ترى أن ترد هذه القسمة . فقال قيس : لم أكن لأغير شيئاً صنعته سعد ، ولكن نصيبى له . وهذا معنى الخبر . ووجه القول الأول قول أبي بكر ، رضي الله عنه ، لعائشة ، لما نحلها نحلًا : وددت لو أنك كنت حُزَتيه ^(٦) . فدل على أنها

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم في صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم في صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم في صفحة ٢٥٤ .

(٤) أى إلى أن معنى حديث النبي ﷺ يرد في حياة الرجل وبعد موته .

(٥) في : باب من قطع ميراثاً فرضه الله . السنن ٩٧/١ .

(٦) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

لو كانت حازته لم يكن له الرجوع . وكذلك قول عمر : لا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةَ يَحُوزُهَا
الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ . ولأنها عَطِيَّةٌ لَوْلَدِهِ فَلَزِمَتْ بِالْمَوْتِ كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وقوله : « إذا كان
ذلك في صِحَّتِهِ » يدلُّ على أَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ لِبَعْضٍ وَرَثَتُهُ لَا تَنْفُذُ ؛
لأنَّ الْعَطَايَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، في أنها تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ إِذَا كَانَتْ
لِأَجْنَبِيٍّ إجماعاً ، فكذلك لا تَنْفُذُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَيْجَمَعَ كُلُّ مَنْ
أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ حُكْمَ الْهَبَاتِ فِي الْمَرَضِ الَّذِي يَمُوتُ فِيهِ الْوَاهِبُ ،
حُكْمُ الْوَصَايَا ، هَذَا مَذْهَبُ الْمَدِينِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالْكُوفِيِّ . فَإِنْ أُعْطِيَ أَحَدُ بَيْنِهِ
فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ أُعْطِيَ الْآخَرُ فِي مَرَضِهِ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنْ زَوْجِ
ابْنِهِ ، فَأُعْطِيَ عَنْهُ الصَّدَاقُ ، ثُمَّ مَرَضَ الْأَبُ ، وَلَهُ ابْنٌ آخَرُ / ، هَلْ يُعْطِيهِ ^(٧) فِي مَرَضِهِ ؟
كما أُعْطِيَ ابْنُهُ ^(٨) الْآخَرُ فِي صِحَّتِهِ ؟ فَقَالَ : لَوْ كَانَ أُعْطَاهُ فِي صِحَّتِهِ ، فَيَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضِهِ كَوَصِيَّتِهِ ، وَلَوْ وَصَّى لَهُ لَمْ يَصِحَّ ،
فَكَذَلِكَ إِذَا أُعْطَاهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا وَاجِبَةٌ ، وَلَا طَرِيقَ لَهَا فِي هَذَا
الْمَوْضِعِ إِلَّا بِعَطِيَّةٍ ^(٩) الْآخَرِ ، فَتَكُونُ وَاجِبَةً ، فَتَصِحُّ ، كَقَضَاءِ دَيْنِهِ .

١٧٦/٥ ظ

فصل : قال أحمدُ : أَحَبُّ أَنْ لَا يُقَسَّمَ مَالُهُ ، وَيَدَّعَى عَلَى فَرَايِضِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَعَلَّهُ
أَنْ يُوَلَّدَ لَهُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ وَلَدُهُ مَالَهُ ، ثُمَّ وَلَدَ لَهُ وَلَدٌ ، فَأَعْجَبُ إِلَى أَنْ يَرْجَعَ فَيُسَوَّى بَيْنَهُمْ .
يعْنِي يَرْجَعُ فِي الْجَمِيعِ ، أَوْ يَرْجَعُ فِي بَعْضٍ مَا أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِيُدْفَعُوهُ ^(١٠) إِلَى
هَذَا الْوَلَدِ الْحَادِثِ ، لِيُسَاوِيَ إِخْوَتَهُ . فَإِنْ كَانَ هَذَا الْوَلَدُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : « بعطيته » .

(١٠) في الأصل : « ليدفعه » .

له الرُّجُوعُ عَلَى إِخْوَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَطِيَّةَ لَزِمَتْ بِمَوْتِ أَبِيهِ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ، الَّتِي ذَهَبَ إِلَيْهَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِمَنْ ^(١١) أُعْطِيَ أَنْ يُسَاوِيَ أَخَاهُ فِي عَطِيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَيْسَ بْنَ سَعْدٍ ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أَبِيهِ ، لِيُسَاوُوا الْمَوْلُودَ الْحَادِثَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ .

فصل : وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، وَيَتَمَلَّكَه ، مَعَ حَاجَةِ الْأَبِ إِلَى مَا يَأْخُذُهُ ، وَمَعَ عَدَمِهَا ، صَغِيرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ كَبِيرًا ، بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ لَا يُجْحِفَ بِالْأَبْنِ ، وَلَا يَضُرُّ بِهِ ، وَلَا يَأْخُذَ شَيْئًا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدٍ ^(١٢) فَيُعْطِيَهُ الْآخَرَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ تَخْصِيصِ بَعْضِ وَلَدِهِ بِالْعَطِيَّةِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، فَلَا أَنْ يُنَمَّعَ مِنْ تَخْصِيصِهِ بِمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ الْآخَرَ أَوَّلَى . وَقَدَرُوا أَنْ مَسْرُوقًا زَوْجَ ابْنَتِهِ بِصَدَاقٍ عَشْرَةَ آلَافٍ ، فَأَخَذَهَا ، وَأَنْفَقَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَقَالَ لِلزَّوْجِ : جَهِّزْ امْرَأَتَكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ إِلَّا بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ دِمَاءُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، ^(١٣) فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » ^(١٤) . وَرَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ ^(١٦) طَيْبِ نَفْسِهِ » . رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ ^(١٧) . وَلِأَنَّ مَلِكَ الْإِبْنِ تَامٌ

(١١) فِي م : « مِنْ » .

(١٢) فِي م : « وَلَدِهِ » .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ م : .

(١٤) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ : ١٥٦/٥ .

(١٥) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ مَكَاتِبُهُ عِنْدَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

٣١٩/١٠ . عَنْ حَبَانَ بْنِ أَبِي جَبَلَةَ .

(١٦) فِي م : « عَلَى » .

(١٧) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٦٠٦/٦ . وَيُضَافُ إِلَيْهِ :

على مال نفسه ، فلم يَجْزِ ائْتِزَاعُهُ منه ، كالذى / تَعَلَّقَتْ به حاجته . ولنا ، ما رَوَتْ ١٧٧/٥ و عائشة ، رَضِيَ الله عنها ، قالت : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، وَإِنْ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١٨) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ أَبِي احتاجَ مَالِي . فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ ، فِي « مُعْجَمِهِ » ^(١٩) مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ ، وَزَادَ : « إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُّوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُنَكَدِرِ ، وَالْمُطَلِبُ بْنُ حَنْطَبٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي مَالًا وَعِيَالًا ، وَلَأَبِي مَالٌ وَعِيَالٌ ، وَأَبِي يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٢٠) . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْوَلَدَ مَوْهُوبًا لِأَبِيهِ ، فَقَالَ : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٢١) . وَقَالَ : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيَى ﴾ ^(٢٢) . وَقَالَ زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾ ^(٢٣) . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي

= كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٣/٥ . والبيهقي ، في : باب لا يملك أحد بالجنابة شيئاً جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك ، وباب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة ... ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى ٩٧/٦ ، ١٠٠ .

(١٨) تقدم تخريجه في ٢٦٣ .

(١٩) رواه الطبراني ، في الكبير ٢٧٩/٧ . عن سمرة . وفي الصغير ٨/١ . عن عبد الله بن مسعود . وانظر : إرواء الغليل ٣٢٥/٣ .

كما أخرجه ، ابن ماجه ، في : باب مال للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب مال للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والطحاوي ، في : باب بيان مشكل ما روى أنت ومالك لأبيك . مشكل الآثار ٢٣٠/٢ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في إخباره من قال في نفسه شعراً ... ، دلائل النبوة ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سورة الأنعام ٨٤ .

(٢٢) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢٣) سورة مريم ٥ .

وَهَبَ لِي عَلَى الْكَبِيرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴿٢٤﴾ . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أَخْذُ مَالِهِ ، كَعَبْدِهِ . وقال سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، فِي قَوْلِهِ : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ ﴾ ﴿٢٥﴾ . ثُمَّ ذَكَرَ بُيُوتَ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ إِلَّا الْأَوْلَادَ لَمْ يَذْكُرْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي قَوْلِهِ : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فَلَمَّا كَانَتْ بُيُوتُ أَوْلَادِهِمْ كَبُيُوتِهِمْ ، لَمْ يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهِمْ . وَلِأَنَّ الرَّجُلَ يَلِي مَالَ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَلِيَةٍ ، فَكَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَمَا لِنَفْسِهِ . وَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ ، فَأَحَادِيثُنَا تُخَصُّهَا وَتُفَسِّرُهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مَالَ الْإِبْنِ مَالًا لِأَبِيهِ ، بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا . وَقَوْلُهُ : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثُمَّ هُوَ يُدَلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حَقِّهِ عَلَى حَقِّهِ ، لَا عَلَى نَفْيِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَالْوَلَدُ أَحَقُّ مِنَ الْوَالِدِ بِمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ .

فصل : وليس لِلْوَلَدِ ^(٢٦) مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ . وبه قال الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ . وهو مُقْتَضَى قول سُفْيَانَ بْنِ عُيَيْنَةَ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَجَازَتْ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ^(٢٧) ، كغَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِأَبِيهِ يَقْتَضِيهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْحَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(٢٨) . وَرَوَى الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ ، فِي كِتَابِ « الْمُؤَقَّقِيَّاتِ » ^(٢٩) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ رَجُلًا اسْتَقْرَضَ مِنْ ابْنِهِ / مَالًا ، فَحَبَسَهُ ، فَأَطَالَ حَبْسَهُ ، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ الْإِبْنُ عَلَى ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَذَكَرَ قِصَّتَهُ فِي شِعْرِ ، فَأَجَابَهُ أَبُوهُ بِشِعْرٍ أَيْضًا ، فَقَالَ عَلَى رَضَى اللَّهِ عَنْهُ :

ظ ١٧٧/٥

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَرْءِ » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تخريجه فِي صَفْحَةِ ٢٧٣ .

(٢٩) المؤقتات ١١١ ، ١١٢ .

قد سَمِعَ القاضى ومن رَبِّى الفهم
 المالُ لِلشَّيخِ جَزَاءٌ بِالنَّعْمِ
 يَأْكُلُهُ بِرَغْمِ أَنْفٍ مِّن رَّغْمِ
 مَنْ قَالَ قَوْلًا غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمَ
 وَجَارَ فِي الْحُكْمِ وَيُسَ مَا جَرَمَ

قال الزُّبَيْرُ : إلى هذا نَذْهَبُ . ولأنَّ المالَ أَحَدُ نَوْعِي الْحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطالَبَةُ
 أبيه بها ، كحقوق الأبدان . ويُفَارِقُ الأبُ غَيْرَهُ ، بِمَاتَتْ لَهُ مِنَ الْحَقِّ عَلَى وَلَدِهِ . وإن
 مات الابنُ ، فانتقلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِهِ ، لم يَمْلِكُوا مُطالَبَةَ الأبِ به ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُمْ لم يكنْ
 لَهُ الْمُطالَبَةُ ، فهم أَوْلَى . وإن مات الأبُ ، رَجَعَ الابنُ فِي تَرَكَّتِهِ بِدَيْنِهِ ؛ لأنَّ دَيْنَهُ لم
 يَسْقُطْ عَنِ الأبِ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَتِ الْمُطالَبَةُ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا مَاتَ
 الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقال فِي مَنْ أَخَذَ مِنْ مَهْرِ ابْنَتِهِ شَيْئًا فَأُتِفَقَ : فليس عليه شيءٌ ،
 ولا يُؤْخَذُ مِنْ بَعْدِهِ ، وما أَصَابَتْ مِنَ الْمَهْرِ مِنْ شَيْءٍ بَعَيْنَهُ أَخَذَتْهُ . وتأوَّلَ بعضُ أَصْحَابِنَا
 كَلَامَهُ عَلَى (٣٠) أَنَّ لَهُ مَا (٣٠) أَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ لَهُ ،
 وَإِنْفَاقَهُ إِيَّاهُ ، دَلِيلًا عَلَى قَصْدِ (٣١) التَّمْلِيكِ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ (٣١) بِذَلِكَ الْأَخْذِ . واللهُ
 أَعْلَمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ فِي مالِ الابنِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ
 أَحْمَدُ ، فقال : لا يَجُوزُ عِتْقُ الأبِ لِعَبْدِ ابْنِهِ ، ما لم يَقْبِضْهُ . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إِبْرَآؤُهُ
 مِنْ دَيْنِهِ ، ولا هِبَتُهُ لِمَالِهِ ، ولا بَيْعُهُ لَهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مِلْكَ الابنِ تَامَّ عَلَى مالِ نَفْسِهِ ،
 فَصَحَّ (٣٢) تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ جَوَارِيهِ ، ولو كان المِلْكُ مُشْتَرَكًا ، لم يَحِلَّ لَهُ
 الْوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الْجاريةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَإِنَّمَا لِلأبِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ ، كَالْعَيْنِ الَّتِي

(٣٠ - ٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

(٣١ - ٣١) فِي الْأَصْلِ : « التَّمْلِكُ لَهُ » .

(٣٢) فِي م : « يَصَحُّ » .

وَهَبَهَا إِيَّاهُ ، فَقَبِلَ اثْنَا عَشَرَ لَهَا لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ وَلَايَةٍ .
وإن كان الابنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أَيضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَا لَا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فِيهِ ،
وليس من الحَظِّ إسْقَاطُ ذَنْبِهِ ، وَعِتْقُ عَبْدِهِ ، وَهَبَةُ مَالِهِ .

فصل : قال أحمدُ : بين الرجل وبين ولده ربًّا . لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تامُّ . وقال : لا يَطَأُ جَارِيَةَ الابنِ ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهَا . يعنى يَتَمَلَّكُهَا . وذلك لِأَنَّهُ إِذَا وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ وَطِئَهَا وَلَيْسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكٌ يَمِينٍ ، وَإِنْ تَمَلَّكَهَا ، لم يَحِلَّ لَهُ / وَطِئُهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ ، فَوَجَبَ الاسْتِبْرَاءُ فِيهِ ، كَمَا لو اشْتَرَاهَا . وَإِنْ كَانَ الابنُ قَدْ وَطِئَهَا ، لم تَحِلَّ لَهُ بِحَالٍ . وَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ^(٣٣) ، كَانَ مُحَرَّمًا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ مِلْكِهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا . وَإِنْ كَانَ الابنُ وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ بِوَجْهِ ثَالِثٍ ، وَهِيَ أَنَّهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ حَلِيلَةٍ أَيْنَهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَضَافَ مَالَ الْوَلَدِ إِلَى أَبِيهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطِئٍ انْتَفَى عَنْهُ الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ^(٣٤) ، وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ مُطَالَابَتُهُ بِشَيْءٍ مِنْ قِيَمَتِهَا ، وَلَا قِيَمَةِ وَلَدِهَا وَلَا مَهْرِهَا . وَهَلْ يُعَزَّرُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطِئًا مُحَرَّمًا ، أَشْبَهَ مَالُ الْوَطِئِ جَارِيَةَ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْجَنَائَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَلَا يُعَزَّرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ .

فصل : وليس لغير الأبِ الأخذُ من مالِ غيره بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَبْرَ وَرَدَّ فِي الْأَبِ ، بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ غَيْرِ الْأَبِ ^(٣٥) عَلَيْهِ ، لِأَنَّ لِلْأَبِ ^(٣٥) وَلَايَةَ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِهِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا ، وَلَهُ شَفَقَةٌ تَامَّةٌ ^(٣٦) ، وَحَقُّ مُتَأَكَّدٌ ، وَلَا يَسْقُطُ

(٣٣) فِي م : « تَمَلَّكَهُ » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٥ - ٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

مِيرَاثُهُ بِحَالٍ . وَالْأُمُّ لَا تَأْخُذُ ؛ لِأَنَّهَا لَا وِلَايَةَ لَهَا . وَالْجَدُّ أَيْضًا لَا يَلِي عَلَى مَالٍ وَلَدَانِيهِ ، وَشَفَقَتُهُ قَاصِرَةٌ عَنْ شَفَقَةِ الْأَبِ ، وَيُحْجَبُ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَفِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ . وَغَيْرُهُمَا^(٣٧) مِنَ الْأَقَارِبِ وَالْأَجَانِبِ لَيْسَ لَهُمُ الْأَخْذُ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ الْأَخْذُ فِي حَقِّ الْأُمِّ وَالْجَدِّ ، مَعَ مُشَارَكَتِهِمَا لِلأَبِ فِي بَعْضِ الْمَعَانِي ، فَغَيْرُهُمَا مَمْنٌ^(٣٨) لَا يُشَارِكُ الْأَبَ فِي ذَلِكَ أَوْلَى .

٩٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحِلُّ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَبَّتِهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَدِيَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُثَبِّ عَلَيْهِمَا)

يعنى وإن لم يُعَوِّضْ عنها^(١) . وَأَرَادَ مِنْ عَدَا الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ أَنَّ لِلأَبِ الرَّجُوعَ ، بِقَوْلِهِ : « أَمْرٌ بِرَدِّهِ » . فَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي هَبَّتِهِ وَلَا هَدِيَّتِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ النَّحَّعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : مَنْ وَهَبَ لغير ذِي رَحِمٍ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، مَا لَمْ يُثَبِّ عَلَيْهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لَذِي رَحِمٍ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ^(٢) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ ، مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهٍ ، فِي « سُنَنِهِ »^(٣) . وَبَقَوْلِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُلْ لَهُ عَنْهَا عَوَضٌ ، فَجَازَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَالْعَارِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي رِوَايَةٍ إِنَّهُ « لَيْسَ لَنَا مِثْلُ السَّوِّءِ ، الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) ، وَأَيْضًا

(٣٧) فِي م : « وَغَيْرَهَا » .

(٣٨) فِي م : « مَمْنٌ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهَا » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٦٢ .

(٣) فِي : بَابُ مَنْ وَهَبَ هَبَةً رَجَاءَ ثَوَابِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهٍ ٧٩٨/٢ .

(٤) اللَّفْظُ الْأَوَّلُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي : ١٠٤/٤ .

وَالثَّانِي أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ وَالْمَرْأَةِ لِرَوْجِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ . صَحِيحٌ =

قول النبي ﷺ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةٌ ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ » . وقد ذكرناه^(٥) . وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن نبي الله ﷺ قال : « لَا يَرْجِعُ وَاهِبٌ فِي هِبَتِهِ ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ »^(٦) . ولأنه واهب لا ولاية له في المال ، فلم يرجع في هيبته ، كذى الرِّحِمِ المَحْرَمِ . وأحاديثنا أصح من حديثهم^(٧) . وأولى . وقول عمر ، قد روى عن ابنه وابن عباس خلافه . وأمّا العارية فإنما هي هبة المنافع ، ولم يحصل القبض فيها . فإن قبضها باستيفائها ، فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية ، فإنه لا يجوز الرجوع فيها .

فصل : فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رَحِمِهِ المَحْرَمِ غير ولده ، لا رجوع فيه . وكذلك ما وهب الزوج لامرأته . والخلاف فيما عدا هؤلاء ، فعندنا لا يرجع إلا الوالد ، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي . فأما هبة المرأة لزوجها ، فعن أحمد فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا رجوع لها فيها . وهذا قول عمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، وربيع ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وهو قول عطاء ، وقتادة . والثانية ، لها الرجوع . قال الأثرم : سمعتُ أحمد يُسأل عن المرأة تهب ، ثم ترجع ، فرأيتُه يجعلُ النساءَ غير الرجال . ثم ذكر الحديث : « إنما يرجعُ

= البخاري ٢٠٧/٣ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ .
والثالث أخرجه البخاري ، في : باب لا يحل لأحد أن يرجع في هيبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفي : باب في الهبة والشفعة ، من كتاب الخيل . صحيح البخاري ٢١٥/٣ ، ٣٥/٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٤/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/٢ .
(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٢/٢ . والبيهقي ، في : باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٩/٦ ، ١٨٠ .
(٧) في م : « أحاديثهم » .

في المَوَاهِبِ النِّسَاءِ وَشِرَارُ الْأَقْوَامِ ^(٨) . وَذَكَرَ حَدِيثَ عُمَرَ : إِنَّ النِّسَاءَ يُعْطِينَ
 أَرْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً وَرَهْبَةً ، فَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئًا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَصِرَهُ ، فَهِيَ
 أَحَقُّ بِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ بِإِسْنَادِهِ ^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَحَكَاةُ الرَّهْرِيِّ
 عَنِ الْقُضَاةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ثَالِثَةً ، نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا وَهَبْتَ لَهُ مَهْرَهَا ،
 فَإِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ ، رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ ،
 أَوْ ^(١٠) «إِضْرَارِهَا» بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَأَلَهَا ، وَتَبَرَّعَتْ بِهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ .
 فَظَاهِرُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَتْ مَعَ الْهَبَةِ قَرِينَةٌ ، مِنْ مَسْأَلَتِهِ لَهَا ، أَوْ غَضَبِهِ عَلَيْهَا ،
 أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى خَوْفِهَا مِنْهُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تَطْبُ بِهَا
 نَفْسُهَا ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ طَيْبِ نَفْسِهَا ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ
 شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾ ^(١١) . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ،
 وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ
 النِّكَاحِ ﴾ ^(١٢) . / وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا
 مَّرِيئًا ﴾ . وَعُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلْمُتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فِي صَدَقَتِهِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ قَالَ
 فِي حَدِيثِهِ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ^(١٣) . مَعَ عُمُومِ
 أَحَادِيثِنَا ، فَاتَّفَقَ دَلِيلُهُمْ وَدَلِيلُنَا ، فَلِذَلِكَ اتَّفَقَ قَوْلُهُمْ وَقَوْلُنَا .

(٨) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْعَائِدِ فِي هَبَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَوَاهِبِ . الْمُصَنَّفُ ١١١/٩ . وَالطُّحَاوِيُّ ، فِي :

بَابِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ . شَرْحُ مَعَانِي الْأَثَارِ ٨٢/٤ .

(٩) وَأَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ بِنَحْوِهِ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الْمَرْأَةِ لَزَوْجِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْمَوَاهِبِ . الْمُصَنَّفُ ١١٥/٩ .

(١٠ - ١٠) فِي الْأَصْلِ : « اِحْتِرَازٌ » .

(١١) سُورَةُ النِّسَاءِ ٤ .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٧ .

(١٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٦٢ .

فصل : والهبة المطلقّة ، لا تقتضي ثواباً ، سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في الهبة لمثله أو دونه كقولنا . فإن كانت لأعلى منه ، ففيها قولان ؛ أحدهما ، أنّها تقتضي الثواب . وهو قول مالك ، لقول عمر ، رضي الله عنه : ومن وهب هبة أراد بها الثواب ، فهو على هبته ، يرجع فيها إذا لم يررض منها^(١٤) . ولنا ، أنّها عطية على وجه التبرع ، فلم تقتض ثواباً ، كهبة المثل والوصية ، وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فإن عوضه عن الهبة ، كانت هبة مبتدأة لا عوضاً ، أيهما أصاب عيياً لم يكن له الرد . وإن خرجت مستحقة ، أخذها صاحبها ، ولم يرجع الموهوب له ببدلها . فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً ، صح . نص عليه أحمد ؛ لأنه تمليك بعوض معلوم ، فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع ، في ضمان الدرك ، وثبوت الخيار والشفعة . وبهذا قال أصحاب الرأي . ولأصحاب الشافعي قول ، أنّه لا يصح ؛ لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها . ولنا ، أنّه تمليك بعوض ، فصح ما لو قال : ملكتك هذا بذرهم . فإنه لو أطلق التمليك كان هبة ، وإذا ذكر العوض صار بيعاً . وقال أبو الخطاب : وقد روى عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة ، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به . فأما إن شرط ثواباً مجهولاً ، لم يصح ، وفسدت الهبة ، وحكمها حكم البيع الفاسد ، يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة ؛ لأنه نماء ملك الواهب . وإن كانت تالفة^(١٥) ، رد قيمتها . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور . وظاهر كلام أحمد ، رحمه الله ، أنّها تصح ، فإذا أعطاه عنها عوضاً رضي به ، لزم العقد بذلك ، فإنه قال ، في رواية محمد بن الحكم : إذا قال الواهب : هذا لك على أن تهبني . فله أن يرجع إذا لم يهبه ، لأنه شرط . وقال ، في رواية إسماعيل بن سعيد : إذا وهب له على وجه الإثابة ،

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(١٥) في الأصل : « باقية » .

فلا يجوز إلا أن يُشبهه عنها^(١٦) ، فعلى هذا عليه أن يُعْطِيَه حتى يَرْضِيَه ، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطِيَه قَدْرَ قِيَمَتِهَا . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّ هذا يَبْعُ ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ التَّرَاضِي ، إِلَّا أَنَّهُ / يَبْعُ بِالْمُعَاطَاةِ ، فَإِذَا عَوَّضَهُ عَوْضًا رَضِيَهُ ، حَصَلَ الْبَيْعُ بِمَا حَصَلَ مِنَ الْمُعَاطَاةِ مَعَ التَّرَاضِي بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلِ التَّرَاضِي ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِإِعْدَمِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَلَا الْمُعَاطَاةُ مَعَ التَّرَاضِي . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَبَّتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَفَضَالَةَ بْنِ عُيَيْدٍ ، وَمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَرَى أَنَّ الْهَبَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي ثَوَابًا . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ لِلنَّبِيِّ ﷺ نَاقَةً ، فَأَعْطَاهُ ثَلَاثًا فَأَبَى ، فَرَادَهُ ثَلَاثًا ، فَأَبَى ، فَرَادَهُ ثَلَاثًا ، فَلَمَّا كَمَلَتْ تِسْعًا ، قَالَ : رَضِيْتُ : فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهَبَ إِلَّا مِنْ قُرْشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ أَوْ دَوْسِيٍّ » . مِنْ « الْمُسْنَدِ »^(١٧) . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمُوهَبَةُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصَانٍ ، وَلَمْ يُشَبَّهْ مِنْهَا ، فَلَا أَرَى عَلَيْهِ نَقْصَانَ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ إِذَا رَدَّهَ إِلَى صَاحِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَوْبًا لَيْسَ ، أَوْ غُلَامًا اسْتَعْمَلَهُ ، أَوْ جَارِيَةً اسْتَخْدَمَهَا ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ إِذَا نَقَصَ فَلَاشَيْءَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ عِنْدِي مِثْلَ الرَّهْنِ ، الزِّيَادَةُ وَالنَّقْصَانُ لِصَاحِبِهِ .

٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : دَارِي لَكَ عُمْرِي . أَوْ هِيَ لَكَ عُمْرُكَ . فَهِيَ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)

العُمَرَى وَالرُّقْبَى : نَوْعَانِ مِنَ الْهَبَةِ ، يَفْتَقِرَانِ إِلَى مَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ سَائِرُ الْهَبَاتِ مِنْ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

(١٧) الْمُسْنَدُ ٢/٢٤٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ عَطِيَةِ الْمَرْأَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٦/٢٣٧ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْمَهَبَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَوَاهِبِ . الْمُصَنَّفُ ٩/١٠٥ ، ١٠٦ .

الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العمرى أن يقول الرجل : أعمرتك دارى هذه ، أو هى لك عمرى ، أو ما عشت ، أو مدة حياتك ، أو ما حييت ، أو نحو هذا . سُميت عمرى لتفنيدها بالعمر . والرقبى : أن يقول : أرقبتك هذه الدار ، أو هى لك حياتك ، على أنك إن مت قبل عادت إلى ، وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك . فكأنه يقول : هى لآخرنا موتاً . وبذلك سُميت رقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وكلاهما جائز ، فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح ؛ لأن النبى ﷺ قال : « لا تُعمرُوا ولا تُرقبوا »^(١) . ولنا ، ما روى جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها » . رواه أبو داود ، والترمذى^(٢) . وقال : حديث حسن . فأما النهى ، فإثماً ورد على سبيل الإغلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعدن للمعمر والمرقب ، ولم يعد إليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه ، فإنه^(٣) قال : « فمن أعمر عمرى ، فهى لمن أعمرها حياً وميتاً وعقبه » . ولو أريد به حقيقة النهى ، لم يمنع ذلك صحتها ؛ فإن النهى إنما يمنع صحة ما يفيد المنهى عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهى عنه ضرراً على متركبه ، لم يمنع صحته ، كالطلاق فى زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرراً على المعمر ، « فإن ملكه يزول »^(٤) بغير عوض . إذا

١٨٠/٥ و

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٣٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦/١٠١ والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٢ ، وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

(٣) فى م : « فإن » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعُمَرَى تَنْقُلُ الْمَلِكَ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَبِهَذَا قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَشُرَيْحٌ ، وَمَجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ : الْعُمَرَى تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ ، لَا تُمْلِكُ بَهَارَقَةَ الْمُعْمَرِ بِحَالٍ ، وَيَكُونُ لِلْمُعْمَرِ السُّكْنَى ، فَإِذَا مَاتَ عَادَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ وَلِعَقِبِهِ . كَانَ سُكْنَاهَا لَهُمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا عَادَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَاحْتَجَّ جَابِرٌ بِمَا رَوَى يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ ، قَالَ : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعُمَرَى ، مَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا ؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ : مَا أَدْرَكَتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ وَمَا أُعْطُوا . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ إِسْحَاقَ الْحَرَبِيُّ ، عَنْ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : لَمْ يَخْتَلِفِ الْعَرَبُ فِي الْعُمَرَى ، وَالرُّقْبَى ، وَالْإِفْقَارِ ^(٥) ، وَالْإِخْبَالِ ^(٦) ، وَالْمِنْحَةِ ^(٧) ، وَالْعَرِيَّةِ ، وَالْعَارِيَّةِ ، وَالسُّكْنَى ، وَالْإِطْرَاقَ ، أَنَّهَا عَلَى مِلْكٍ أَرْبَابِهَا ، وَمَنَافِعُهَا لِمَنْ جُعِلَتْ لَهُ . وَلَأَنَّ التَّمْلِكَ لَا يَتَأَقَّتْ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ إِلَى مُدَّةٍ ، فَإِذَا كَانَ لَا يَتَأَقَّتْ ، حُمِلَ قَوْلُهُ عَلَى تَمْلِكِ الْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَوْقِيتُهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلِعَقِبِهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٨) . وَفِي لَفْظٍ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْعُمَرَى لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) .

(٥) الْإِفْقَارُ : أَنْ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ دَابَّتَهُ ، فَيُرْكَبُهَا مَا أَحَبَّ فِي سَفَرٍ أَوْ حَضَرَ ، ثُمَّ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ .

(٦) الْإِخْبَالُ : أَنْ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ الْبَعِيرَ أَوْ النَّاقَةَ لِيُرْكَبَهَا ، فَيَجْتَزِي بِهَا ، وَيَنْتَفِعَ بِهَا ، ثُمَّ يَرُدُّهَا .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَنْحَرَةُ » . وَالْمَنْحَةُ : أَيْ يَمْنَحُ الرَّجُلُ أَخَاهُ نَاقَةً أَوْ شَاةً ، فَيَحْتَلِبُهَا عَامًا أَوْ أَقْلًا أَوْ أَكْثَرَ .

(٨) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرُّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٥/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِحَبْرِ جَابِرٍ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣١/٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١٢/٣ ، ٣٨٦ .

(٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا قِيلَ فِي الْعُمَرَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٦/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٣/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣٤/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٠٤/٣ ، ٣٩٣ .

وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ^(١٠) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْعُمَرَى لِلْوَارِثِ^(١١) . وَقَدْ رَوَى مَالِكٌ حَدِيثَ الْعُمَرَى ، فِي « مُوطِئِهِ »^(١٢) ، وَهُوَ صَحِيحٌ رَوَاهُ جَابِرٌ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ^(١٣) ، وَمُعَاوِيَةُ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ^(١٤) . وَقَوْلُ الْقَاسِمِ لَا يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ قَوْلِ^(١٥) سَيِّدِ الْمُرْسَلِينَ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُدَّعَى إِجْمَاعُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، لِكَثْرَةِ مَنْ قَالَ بِهَا مِنْهُمْ ، وَقَضَى بِهَا طَارِقُ^(١٦) بِالْمَدِينَةِ بِأَمْرِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ . وَقَوْلُ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : إِنَّهَا عِنْدَ الْعَرَبِ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ . لَا يَضُرُّ إِذَا نَقَلَهَا الشَّرْعُ إِلَى تَمْلِيكِ الرَّقَبَةِ ، كَمَا نَقَلَ الصَّلَاةَ مِنَ الدُّعَاءِ إِلَى الْأَفْعَالِ الْمَنْظُومَةِ ، وَنَقَلَ الظُّهَارَ وَالْإِيلَاءَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى أَحْكَامِ مَخْصُوصَةٍ . قَوْلُهُمْ : إِنْ / التَّمْلِيكُ لَا يَتَأَقَّتْ . قُلْنَا : فَلِذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأْقِيتَهَا ، وَجَعَلَهَا تَمْلِيكًا مُطْلَقًا .

ظ ١٨٠/٥

(١٠) فِي : بَابِ الرُّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٦/٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(١١) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى أَبِي الزُّبَيْرِ ، مِنْ كِتَابِ الرُّقْبَى ، وَمِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٢٨/٦ ، ٢٢٩ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٩/٥ .

(١٢) فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ ، الْمَوْطَأُ ٧٥٦/٢ .

(١٣) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى أَبِي الزُّبَيْرِ ، مِنْ كِتَابِ الرُّقْبَى ، وَمِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٢٧/٦ ، ٢٢٩ .

(١٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا قِيلَ فِي الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٦/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٨/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٣/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ بِحَبِيبِ بْنِ أَبِي كَثِيرٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣٥/٦ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦) هُوَ طَارِقُ بْنُ عَمْرِو بْنِ مَوْلَى عُثْمَانَ . انْظُرْ أَخْبَارَ الْقَضَاءِ لَوْكَيْعٍ ١٢٤/١ .

فصل : إذا شَرَطَ في العُمَرَى أَنَّهَا لِلْمُعْمَرِ وَعَقِبِهِ ، فهذا تأكيدٌ لِحُكْمِهَا ، وتكون لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ . وهذا قول جميع القائلين بها . وإذا أُلْقِيَ فِيهَا فَهِيَ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ أيضا ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِلرَّقَبَةِ ، فَأَشْبَهَتْ الْهَبَةَ . فَإِنْ شَرَطَ أَنَّكَ إِذَا مِتُّ فَهِيَ لِي . فعن أحمدَ رِوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، صِحَّةُ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ ، ومتى ماتَ الْمُعْمَرُ رَجَعَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ . وبه قال القاسمُ بن محمد ، وزَيْدُ بن قَسِيطٍ^(١٧) ، والزُّهْرِيُّ ، ومَالِكٌ ، وأبو سَلَمَةَ بن عبد الرَّحْمَنِ ، وابنُ أَبِي ذئْبٍ^(١٨) ، ومَالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، ودَاوُدُ . وهو أحدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لما رَوَى جَابِرٌ ، قال : إِنَّمَا الْعُمَرَى الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . وَرَوَى مَالِكٌ ، فِي « مُوطَأِهِ »^(٢٠) ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمَرَى لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا ، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا » . لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ . وَقَالَ الْقَاسِمُ بن محمد : مَا أَدْرَكَتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا تَكُونُ لِلْمُعْمَرِ وَلِوَرَثَتِهِ ، وَيَسْقُطُ الشَّرْطُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْجَدِيدِ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ؛ لِلأَحَادِيثِ الْمُطْلَقَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، وَقَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ » . وَقَالَ

(١٧) فِي ١ ، م : « زَيْد » . وَانْظُرْ : الْإِكْمَالُ ٣٣٩/٧ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « ذُوَيْب » .

(١٩) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ فِيهِ : وَلِعَقِبِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٤/٣ .

وَلَمْ نَجِدْهُ فِي الْبُخَارِيِّ : انْظُرْ الْإِرْوَاءَ ٥٥/٦ ، وَاللُّؤْلُؤَ وَالْمَرْجَانَ ١٨٦/٢ .

(٢٠) فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمَوْطَأُ ٧٥٦/٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ ، صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٥/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ فِيهِ : وَلِعَقِبِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَخُوذِيِّ ٩٩/٦ . وَالنَّبَاسِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى الزُّهْرِيِّ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣٣/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٠/٣ ، ٣٩٩ .

مجاهدٌ : الرُّقْبَى أن يقول هي للآخر مِنِّي وَمِنْكَ مَوْتًا . وَرَوَى الإمامُ أحمدُ^(٢١) ، بإسناده ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا عُمرَى ، وَلَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أَوْ أُرْقِبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وهذا صَرِيحٌ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الرُّقْبَى يُشْتَرَطُ فِيهَا عَوْدُهَا إِلَى الْمُرْقَبِ إِنْ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَهُ . وَأَمَّا حَدِيثُهُم الَّذِي احْتَجَّوْا بِهِ ، فَمِنْ قَوْلِ جَابِرِ نَفْسِهِ ، وَأَمَّا نَقْلُ لَفْظِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أُعْمِرَ عُمرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا ، حَيًّا وَمَيِّتًا ، وَلِعَقِبِهِ » . وَلِأَنَّا لَوْ أَجَزْنَا هَذَا الشَّرْطَ ، كَانَتْ هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، وَالْهِبَةُ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّأْقِيتُ^(٢٢) ، وَلَمْ يُفْسِدْهَا الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا شَرْطُ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَمَتَى لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ مَعَ الْمَعْقُودِ مَعَهُ ، لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ الْآخِرِ : إِنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ . / فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ كَلَامِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، كَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذَنْبٍ^(٢٣) ، وَفَصَّلَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَقَالَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، إِنَّهُ قَضَى فِي مَنْ أُعْمِرَ عُمرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَهِيَ لَهُ بَتْلَةٌ^(٢٤) ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطَى فِيهَا شَرْطٌ وَلَا مَثْنَوِيَّةٌ^(٢٥) . قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ .

فصل : وَالرُّقْبَى هِيَ أَنْ يَقُولَ : هَذَا لَكَ عُمرَكَ ، فَإِنْ مِتَّ قَبْلِي رَجَعْ إِلَىَّ ، وَإِنْ مِتَّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ . وَمَعْنَاهُ هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . وَكَذَلِكَ فَسَّرَهَا مجاهدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : هِيَ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ حَيَاتُكَ ، فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِفُلَانٍ ، أَوْ هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَىَّ . وَالْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ

(٢١) فِي : الْمُسْنَدُ ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « ذَوِيب » .

وَأَخْرَجَ الْحَدِيثَ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١٢٤٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى الزَّهْرِيِّ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٦/٢٣٣ .

(٢٤) بَتْلَةٌ : مَقْطُوعَةٌ .

(٢٥) الْمَثْنَوِيَّةُ : الْاِسْتِنَاءُ .

ذِكْرُهُ ، وَأَنَّهَا كَالْعُمَرَى إِذَا شَرَطَ عَوْدَهَا إِلَى الْمُعْمِرِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى سَوَاءٌ . وَقَالَ طَاوُسٌ : مَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ . وَقَالَ
 الزُّهْرِيُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِي أَنَّ مَعْنَاهَا إِذَا مِتُّ فَهَذَا لَكَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ،
 وَأَبُو حَنِيفَةَ : الرُّقْبَى بَاطِلَةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى ، وَأَبْطَلَ
 الرُّقْبَى ^(٢٦) . وَلِأَنَّ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِلْآخِرِ مِنَّا ، وَهَذَا تَمْلِيكَ مُعَلَّقٌ بِخَطَرٍ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ
 التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ
 مَعْنَاهَا مَا ذَكَرُوهُ ، بَلْ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لَكَ حَيَاتِكَ ، فَإِنْ مِتَّ رَجَعَتْ إِلَيَّ . فَتَكُونُ كَالْعُمَرَى
 سَوَاءً ، إِلَّا أَنَّهُ زَادَ شَرْطُهَا لَوَرَثَةِ الْمُرْقَبِ ، إِنْ مَاتَ الْمُرْقَبُ قَبْلَهُ ، وَهَذَا يُبَيِّنُ تَأْكِيدَهَا
 عَلَى الْعُمَرَى .

فصل : وَتَصِحُّ الْعُمَرَى فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ، مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالنَّبَاتِ ^(٢٧) ؛ لِأَنَّهَا نَوْعٌ
هَبِيءٌ ، فَصَحَّحْتُ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ الْهَبَاتِ . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ فِي الرَّجُلِ يُعَمِّرُ الْجَارِيَةَ :
فَلَا أَرَى لَهُ وَطْأَهَا . قَالَ الْقَاضِي : لَمْ يَتَوَقَّفْ أَحْمَدُ عَنْ وَطْءِ الْجَارِيَةِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا ،
لَكِنْ عَلَى طَرِيقِ الْوَرَعِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ اسْتِبَاحَةٌ فَرَجٌ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي صِحَّةِ الْعُمَرَى ،
وَجَعَلَهَا بَعْضُهُمْ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَرَّ لَهُ وَطْأُهَا هَذَا ، وَلَوْ وَطْئَهَا كَانَ جَائِزًا .

(٢٦) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى
 ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب
 فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٣ ، ٢٦٤ ،
 ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى
 ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٥٠ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ،
 ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى
 ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، فى :
 المسند ٢/٢٦ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢٧) فى م : « والثياب » .

فصل : وإن وَقَّتْ الهَبَّةُ إلى غيرِ العُمَرَى والرُّقْبَى ، فقال : وَهَبْتُكَ هَذَا لِسَنَةِ ، أو إلى أن يَقدَّمَ الحاجُّ ، أو إلى أن يَبْلُغَ وَلَدِي ، أو مُدَّةَ حَيَاةِ فُلَانٍ . ونحو هذا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنها تَمْلِكُ للرَّقْبَةِ ، فلم تَصِحَّ مُوقَّتَةً ، كالْبَيْعِ ، وتُفَارِقُ العُمَرَى والرُّقْبَى ؛ لأنَّ الإنسانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ عُمَرَهُ ، فإذا مَلَكَه عُمَرَهُ فَقَدْ وَقَّتَهُ بما هو مُوقَّتٌ به في الحَقِيقَةِ ، فصارَ ذلكَ كالمُطْلَقِ . وإن شَرَطَ رُجُوعَهَا إليه بعدَ ذلكَ ، كان شَرَطًا على غيرِ المَوْهُوبِ / له ، بخِلَافٍ غيرِهِ .

ظ ١٨١/٥

٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : سَكُنَاها لَكَ عُمُرَكَ . كَانَ لَهُ أَخْذُهَا أَى وَقْتٍ أَحَبَّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كَالْعُمَرَى وَالرُّقْبَى)

أَمَّا إِذَا قَالَ : سَكُنَى هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمُرَكَ ، أو اسْكُنْهَا^(١) عُمُرَكَ . أو نحو ذلكَ ، فليسَ ذلكَ بِعَقْدٍ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ في التَّحْقِيقِ هَبَّةُ الْمَنَافِعِ ، وَالْمَنَافِعُ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى بِمُضِيِّ الزَّمَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَلَا تَلْزَمُ إِلَّا في قَدَرٍ ما قَبَضَهُ مِنْهَا واستَوْفَاهُ بالسُّكْنَى . وَلِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ متى شاءَ ، وأَيُّهُمَا مَاتَ بَطَلَتْ الإِبَاحَةُ . وبهذا قالَ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ ، وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْفَتْوَى ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَوِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ حَفْصَةَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : هِيَ كَالْعُمَرَى ، تَكُونُ لَهُ وَلِعَقْبِهِ ؛ لِأَنَّهَا في مَعْنَى الْعُمَرَى ، فَيُثْبِتُ فِيهَا مِثْلَ حُكْمِهَا . وَحُكِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ ، اسْكُنْ حَتَّى تَمُوتَ . فَهِيَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ . وَإِنْ قَالَ : دَارِي هَذِهِ اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهَا تُرْجَعُ إِلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ . فَقَدْ جَعَلَ لَهُ رَقَبَتَهَا ، فَتَكُونُ عُمَرَى . فَإِذَا قَالَ : اسْكُنْ دَارِي هَذِهِ . فَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ نَفْعَهَا دُونَ رَقَبَتِهَا ، فَتَكُونُ عَارِيَّةً . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَقَعْ لَازِمًا كَالْعَارِيَّةِ . وَفَارَقَ الْعُمَرَى فَإِنَّهَا هَبَّةٌ لِلرَّقْبَةِ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَكَ ، اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ^(٢) لَكَ سَكُنَاها حَتَّى تَمُوتَ .

(١) في الأصل : « أسكنها » .

(٢) في الأصل : « يحصل » .

وَتَفْسِيرُهَا بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ السُّكْنَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ لَكَ سُكْنَاهَا . وَإِذَا احْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الرِّقَبَةَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ السُّكْنَى ، فَلَا تُزِيلُ مِلْكَهُ بِالِاحْتِمَالِ .

فصل : إِذَا وَهَبَ هِبَةً فَاسِدَةً ، أَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، ثُمَّ وَهَبَ تِلْكَ الْعَيْنَ ، أَوْ بَاعَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مَعَ عِلْمِهِ بِفَسَادِ الْأَوَّلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ صِحَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَفِي صِحَّةِ الثَّانِي وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صَحَّتْهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَادَفَ مِلْكَهُ ، وَتَمَّ بِشُرْطِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ فُسَادَ الْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فُسَادَهُ ، فَفَسَدَ ^(٣) ، كَمَا لَوْ صَلَّى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مُحْدِثٌ ، فَبَانَ مُتَطَهِّرًا . وَهَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لِأَبِيهِ ، فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ وَمَلَكَهَا بِالْمِيرَاثِ ، أَوْ غَضَبَ عَيْنَهَا فَبَاعَهَا يَعْتَقِدُهَا مَغْصُوبَةً ، فَبَانَ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِطَّلَاقٍ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَتِ امْرَأَتُهُ ، أَوْ وَاجَهَ بِالْعِتْقِ مَنْ / يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَتِ أُمَّتُهُ ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْحُرِّيَّةِ رَوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ ، كَمَا حَكَيْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٨٢/٥ و

(٣) فِي النِّسْخِ : « فَفَسَدَهُ » .